J. pract.
31
Pd

J. pract. 31 pd
~~20~~
Borst

Ueber die
Erstattung der Proceßkosten
als
Schadensersatz
nach
Vernunftprincipien und römischen
Rechtsgrundsätzen.

Von

J. N. Borst.

Nürnberg, 1812.
bei Friedrich Campe.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Wenn die Meinung, daß die unterliegende Parthey im Processe schon als solche dem Sieger die Kosten zu erstatten schuldig sey, immer mehr die Oberhand gewinnt, und sogar den Beyfall der neuern Gesetzgebung nach sich zieht: so scheint mir dieses die Folge eines gewissen Fatalismus zu seyn, welcher sich in unsern Zeiten der Rechtsphilosophie bemeistert hat. Man glaubt nemlich, wenn ich nicht irre,

den Menschen im Gebiete des Rechts als ein bloses Naturwesen, welches zwar aus eigener Kraft thätig ist, aber nur nach gegebenen Bedingungen seiner innern Natur handeln kann, betrachten zu müssen. Dieser Betrachtungsweise, welche keine Freyheit kennt, muß nothwendig der Unterschied zwischen Individualität, und Universalität des Menschen entgehen; und der Mensch als ein lauteres Individuum erscheinen. Das Individuum ist als solches, von dem Mitmenschen ganz isolirt, es lebt in einer eigenen geschlossenen Welt, und es darf seine Wirksamkeit — sey sie frey oder nothwendig, — nicht über seine Sphäre ausdehnen. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Verbindlichkeit zum Schadensersatz ohne Gränze, und es ist ganz consequent, wenn man auch den Wahnsinnigen nicht davon ausnimmt.

Diese Ansicht halte ich für höchst irrig, und schädlich. Nach meiner Ueberzeugung kann die Verantwortlichkeit nur aus der Freyheit abgeleitet werden, und wer aus blinder Naturnothwendigkeit schadet, d. h. wer den Schaden voraus nicht kannte und auch bey dem thätigsten guten Willen nicht kennen konnte, wer somit ohne alle Schuld schadete, — der ist zum Schadensersatz nicht verpflichtet. Darum erkläre ich den Proceßführer, welcher sein Unrecht vor der richterlichen Entscheidung nicht einsehen konnte (welcher Fall sehr oft eintritt, und auch oft äusserlich erkannt werden kann), für frey von der Verbindlichkeit zur Kostenerstattung.

Ich konnte meine Meinung nicht beweisen, ohne die Grundzüge der Theorie vom Schadensersatz aufzustellen, und diese Schrift wird daher auch als ein Beytrag zu jener Lehre betrachtet werden können. Ich prüfte die Sache zunächst

in rationeller Beziehung, und hielt es bey den jetzigen Zeitverhältnissen nicht für rathsam, auf das bisherige gemeine teutsche Recht einzugehen. Nur dem römischen Rechte widmete ich einen Theil der Schrift, und man wird die übrigen bisherigen Rechtsquellen um so leichter entbehren, je weniger es bezweifelt werden kann, daß auch nach dem gemeinen Rechte vorzüglich römische Gesetze, und Vernunft in der behandelten Lehre entscheidend seyen.

Wenn ich vielleicht nicht blos in rationeller Beziehung, sondern auch über die römische Theorie des Schadensersatzes manche neue Ansicht aufgestellt habe: so bitte ich meine Schrift vorzüglich in der letzten Hinsicht nur als einen Versuch zu betrachten; denn ich konnte meine Ansichten hier nicht umständlich erörtern, sondern mußte mich begnügen, Stoff zum weitern Nachdenken gegeben, und zur aus-

führlichern Vergleichung der Quellen mit denselben aufgefordert zu haben; und ich bescheide mich gerne, daß ich vorzüglich hier, wo von einer positiven Doctrin die Rede ist, welche mehr Zeit und Hülfsmittel zu ihrer Bearbeitung fordert, als mir zu Gebote stehen, geirrt haben kann; schwerlich aber wird man meinen Forschungen allen wissenschaftlichen Werth absprechen können; und schwerlich glaube ich, darinn geirrt zu haben, daß ich die Verantwortlichkeit aus der Freyheit ableitete, und daß ich die nothwendig blinde Handlung davon ausnahm. Glücklich würde ich mich schätzen, wenn ich etwas dazu beygetragen hätte, daß der Satz: die unterliegende Parthey erstattet die Proceßkosten, nicht unbedingt, und wenigstens nicht ohne die Ausnahme:

„wenn das Recht unter den Richtern selbst streitig ist, oder wenn beide Partheyen die

Verdunklung ihres Rechtsverhältnisses verschuldet haben, sind die Kosten zu compensiren,

in die noch zu erwartenden neuen Gesetzgebungen teutscher Staaten aufgenommen würde.

Hersbruck, den 9. Februar,
1812.

Vorst.

Einleitung.

§. 1.

Die Lehre von Erstattung der Proceßkosten ist dem practischen Juristen äusserst wichtig, denn sie kommt in einem jeden Rechtsstreit zur Anwendung, und der Gegenstand, worüber sie entscheiden muß, ist oft von großem Belange, da die auf einen Proceß verwendeten Kosten nicht selten sogar den Werth des Streitgegenstandes übersteigen.

Allein fragt der Richter nach sichern Regeln und Grundsätzen, um den Kostenpunkt eines Proceßes darnach zu entscheiden: so findet er die Lehre, welche ihm dieselbe darbieten sollte, unter den Rechtsgelehrten streitig, und er muß erst den Streit der Rechtsgelehrten entscheiden, um für sich eine practische Norm zu erhalten. Ganz natürlich gibt dann der Eine dieser, der Andere jener Lehrmeinung seinen Beyfall, und so kann es nicht fehlen, daß hinsichtlich des Kostenpunktes in verschiedenen Gerichten verschiedene und sich widersprechende Regeln und Grundsätze befolgt werden.

Die ältern Rechtslehrer, welche sich meistens strenge an das positive Gesetz hielten, und den Mangel an positiven Bestimmungen nicht gerne durch Rechtsphilosophie ersetzten, waren so ziemlich darüber einig, daß der Besiegte nur dann zur Erstattung der Proceßkosten an den Sieger verurtheilt werden dürfe, wenn er keine billige Entschuldigungsgründe habe, wenn er keine scheinbare Ursache seines Streitens anzuführen vermöge, wenn er sein Unrecht leicht hätte einsehen können. Welche Gründe aber zur Entschuldigung hinreichend seyen, in welchen Fällen angenommen werden müße, daß der Besiegte sein Unrecht leicht hätte einsehen können? — darüber sollte im einzelnen Fall das billige Ermessen des Richters entscheiden, denn die positiven Gesetze enthielten keine nähere Bestimmung hierüber.

Nachdem in neuern Zeiten die Philosophie auch auf die Rechtswissenschaft überging, nachdem sie die positiven Gesetze wo nicht zu meistern, doch wenigstens ihre Lücken zu ergänzen begann, da konnte man sich mit unbestimmten, vom Gefühl abhängigen, Regeln nicht mehr begnügen. Der Verstand sollte herrschen, und er bedurfte überall bestimmter Regeln. Alles sollte unter Begriffe gebracht, und nach Begriffen regiert, nichts mehr dem Gefühl überlassen werden.

Herr Prof. Weber in Rostock versuchte es zuerst, die unbestimmte Lehre von Erstattung der Proceßkosten

auf bestimmte Grundsätze zurückzuführen. *) Er brach die Bahn, welche nach dem Zeitgeist in dieser Lehre gebrochen werden mußte, und mit ihm beginnt die neue Epoche. **) Seine Lehrmeinung ist die herrschende geworden, und mehrere Gesetzgebungen der neusten Zeit haben ihr gehuldigt.

Die Hauptmomente dieser Lehrmeinung sind folgende: Die Erstattung der Proceßkosten muß als Schadensersatz betrachtet werden. Jeden widerrechtlichen einem Dritten zugefügten Schaden muß der Beschädiger vergüten. Wer einen Proceß verliert, hat, wie das richterliche Erkenntniß evident beweißt, widerrechtlich gestritten, und folglich seinem Gegner die nothwendig durch den Proceß entstandenen Kosten widerrechtlich verursacht; er muß also diese Kosten jederzeit ohne Ausnahme ersetzen. Es ist wohl möglich, daß er sein Unrecht vor der richterlichen Entscheidung auch mit dem besten

*) In seiner Schrift: über die Proceßkosten, deren Vergütung, und Compensation. Schwerin und Wismar 1788.

Von dieser Schrift ist bereits die 5te Auflage erschienen. Hannover 1811.

**) Ich will indessen nicht behaupten, daß seine Grundsätze nicht schon früher zur Sprache gebracht wurden; nur soviel scheint gewiß zu seyn, daß er am meisten zur Umänderung der gemeinen Meinung beygetragen habe.

Willen nicht einzusehen vermochte, aber die Schuld liegt in seinem Irrthum, und er kann seinen Irrthum nicht auf Kosten eines Andern geltend machen, er kann nicht verlangen, daß ein Dritter durch seinen Irrthum leide. Indessen läßt das römische, und überhaupt das gemeine teutsche Recht Entschuldigungsgründe zu, welche von der Verbindlichkeit zum Kostenersatz befreyen. Diese Gründe sind aber nirgends bestimmt ausgesprochen, sie müssen daher auf den nach der Lehre vom Rechtsirrthum entschuldbaren factischen Irrthum beschränkt werden, und der Besiegte kann nur dann jener Verbindlichkeit entgehen, wenn er auf den Grund einer Thatsache, welche er nicht zu beweisen, und nicht zu kennen schuldig war, besiegt wird.

So sehr diese Lehrmeinung dem Zeitgeist angemessen war, so fand sie doch bald ihre Gegner. Angesehene Rechtslehrer blieben bey der alten Meinung *). Insbesondere aber suchten Herr Postdirector Hennemann zu Schwerin, **) und Herr Dr. Emmrich ***) (nachher Professor in Altdorf) dieselbe in eigenen Schriften zu widerlegen, und die Behauptung auszuführen, daß nach ausdrücklicher

---

*) Z. B. Thibaut in seinem System des Pandekten-Rechts §. 616.

**) Beytrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten. Schwerin und Wismar 1789.

Zweiter Beytrag hiezu Schwerin 1792.

***) Ueber die Proceßkosten, deren Erstattung und Compensation. Göttingen 1791.

Vorschrift des gemeinen Rechts nur der Calumniant, und der ihm gleich zu achtende im höchsten Grad fahrlässige Proceßführer, die Proceßkosten zu erstatten schuldig sey.

Einen Mittelweg wählte J. v. Schmidt genannt Phiseldeck *). Nach ihm ist man beym Proceßführen den mittlern Grad von Fleiß anzuwenden schuldig, und wer dieser Schuldigkeit nicht genügt, erstattet, wenn er den Proceß verliert, die Kosten.

§. 2.

Beträfe der Streit nur die Auslegung des römischen, und überhaupt des gemeinen teutschen Rechts:

---

*) Beytrag zu der Lehre von den Proceßkosten. Helmstädt 1793.

Um den Hauptgrund dieser Schrift, daß nemlich nach l. 42 de reg. juris eine fleißige Ueberlegung der Sache vor Angehung eines Rechtsstreits erfordert, und unter dem Ausdruck fleißig („diligenter rem explorare debet") ein mittelmäßiger Grad von Fleiß verstanden werde, zu widerlegen, schrieb Emmrich

Observationes ad doctrinam de litium expensis Spectantes Norimbergae 1802,

und suchte es als einen Irrthum zu rügen, daß Phiseldeck den mittlern Fleiß als Gegensatz der mittlern Schuld (culpa levis) ansehe. Beide Schriften setzen voraus, daß die bekannte Gradation von Versehen (culpa lata, levis, levissima) auf die Lehre von Erstattung der Proceßkosten anzuwenden sey. Fällt diese Voraussetzung, wie unten gezeigt werden soll, hinweg: so verliert der Streit zwischen Emmrich und Phiseldeck seinen ganzen Gehalt.

so würde es sich kaum der Mühe lohnen, denselben weiter zu untersuchen; denn jenes gemeine Recht, welches Altteutschland beherrschte, ist in vielen der neuteutschen Staaten durch neue Gesetzgebungen bereits verdrängt, und wird aller Wahrscheinlichkeit nach bald auch in den übrigen ausser Wirkung gesetzt werden. Allein die Uneinigkeit der Rechtslehrer gründet sich vorzüglich auf die Verschiedenheit rationeller Grundsätze in Bezug auf die Verbindlichkeit zum Schadensersatz. Wäre man hierüber einig, so würde man sich viel leichter über die Auslegung der positiven Gesetze vereinigen können.

Es ist daher die Streitfrage allererst in rationeller Hinsicht zu untersuchen; und diese Untersuchung ist in der gegenwärtigen Gesetzgebungsepoche doppelt wichtig. In rationeller Beziehung wird aber auch das römische Recht nach Aufhebung des gemeinen Rechts noch immer einen großen Werth behaupten, es wird mehr oder minder, je nachdem die neue Gesetzgebung beschaffen ist, als Hülfsmittel zur Erweiterung der Rechts- und Gesetzkenntnisse — als raison écrite — oder wohl gar als Hülfsrecht berücksichtigt werden *). Aus dieser Ursache wird es nicht überflüßig seyn, wenn wir die Resultate unserer

---

*) Wie wenig aber das letzte zu wünschen sey, hat Gönner im Archiv für Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums B. I. S. 130 vortreflich, obschon nur gelegenheitlich, gezeigt.

rationellen Untersuchung mit den Vorschriften des römischen Rechts vergleichen. Vielleicht finden sie eine Bestätigung darinn, welche bey Manchem die bündigsten philosophischen Beweise überwiegt; vielleicht gelingt es uns auch, über die römische Rechtstheorie selbst, so weit sie hieher gehört, mehr Licht zu verbreiten, als in dem Falle zu hoffen wäre, wenn wir mangelhafte positive Gesetze zu verstehen und auszulegen wagten, ehe wir ihren Gegenstand in rationeller Beziehung untersucht, und von allen Seiten durchdacht hätten.

Erste Abtheilung.

Von
Erstattung der Proceßkosten nach rationellen Grundsätzen.

§. 3.

Diejenigen Schriftsteller, welche den Besiegten nur wegen Chicane, oder grober Fahrläßigkeit zur Kostenerstattung verbinden, betrachten diese Erstattung nach römischem Recht als eine Strafe. Wir lassen diese Behauptung vorerst dahin gestellt seyn. Allein in rationeller Beziehung müssen wir die Erstattung der Proceßkosten als Schadensersatz beurtheilen. Schade ist im Allgemeinen jede Vermögensverminderung, insoferne man unter Vermögen (was man vermag) alles dasjenige versteht, wodurch Leben und Wirken in der Sinnenwelt bedingt ist. Wer sich selber einen Schaden zuzieht, kann nicht verlangen, daß ein Dritter dafür einstehe, aber wer durch einen Dritten Schaden leidet, fordert von dem Dritten Entschädigung d. h. die Wie-

derbefreyung von dem erlittenen Schaden. Die Entschädigung ist nichts weiter, als Ersatz dessen, was man verlohren hat. Wer entschädigt wird, gewinnt nichts, als was er ohne die widerrechtliche Wirkung des Dritten gehabt hätte, und wer entschädigt, verliert nichts weiter, als was er sich widerrechtlich zugeeignet, oder widerrechtlich zerstört hat. Immer handelt es sich bey der Entschädigung ganz allein um den schon durch die Handlung des Entschädigers angerichteten Schaden.

Die Strafe dagegen läßt es nicht bey dem Schaden, den der Schuldige verursacht hat, bewenden; ihr ist es nicht genug, daß er denselben auf sich nehme, sie ruft vielmehr ein neues Uebel (einen neuen Schaden) über sein Haupt herab. Nur dieses neue Uebel, der Schade, welcher demjenigen, den der Schuldige schon verursacht hat, noch hinzugefügt wird, ist Strafe. Die Strafe fängt somit gerade da an, wo der Schadensersatz sich endet, und ist von ihm ganz unabhängig und verschieden.

Hiernach könnte die Proceßkostenerstattung nur insoferne eine Strafe enthalten, inwieferne der Besiegte dem Sieger mehr Kosten erstatten müßte, als er ihm durch ungerechtes Processiren verursacht, mehr als derselbe wirklich gehabt hat. Dieses ist aber nach der heutigen Verfassung nirgends der Fall. Hat der Besiegte ausser seinen Kosten, und den Kosten des Siegers wirk-

lich noch etwas weiters zu bezahlen, so ist dieses Weitere allerdings eine Proceßstrafe, z. B. die Succumbenzgelder; allein diese Strafe fließt in die Staatskasse, nicht in die Kasse des Siegers, und würde selbst, wenn sie der letzte als Privatstrafe erhielt, nicht unter die Proceßkosten gerechnet werden können, von deren Erstattung hier die Rede ist.

Wollte man annehmen, der Besiegte sey nicht zum Schadensersatz verpflichtet, und er bezahle somit dem Gegner seine Proceßkosten als Strafe: so würde man in eine offenbare Ungereimtheit verfallen, man würde eine Strafbarkeit aus einer Handlung ableiten, und läugnen müssen, daß sie zugleich eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz erzeuge. Dieses ist unmöglich, wer wegen einer Handlung strafbar ist, ist noch weit mehr zum Ersatz für den dadurch verursachten Schaden verhaftet. Was er dem Beschädigten vergütet, muß immer zuerst auf den Ersatz des Schadens angerechnet werden. Ersatz der Proceßkosten ist aber immer und so lange bloser Schadensersatz, als der Sieger, dem die Kosten ersetzt werden, nicht mehr erhält, als er durch den Proceß aufzuwenden genöthiget ward.

§. 4.

Der Grundsatz, daß die Proceßkostenerstattung ihrer Natur nach, Schadensersatz sey, ist auch für die Auslegung der positiven Gesetze wichtig, denn die Vernunft

kann man bey keiner Gesetzesauslegung entbehren; und wenn auch der Gesetzgeber bey irgend einem Gesetze von einem unrichtigen Princip ausgegangen wäre: so könnte doch der Ausleger nicht darauf fortbauen. Nehmen wir einen Augenblick an, die römischen Gesetze hätten die Proceßkostenerstattung als Strafe betrachtet, und die Verbindlichkeit hiezu aus der Strafbarkeit abgeleitet, was würde folgen, wenn die Jurisprudenz auf diesem Prinzip fortbauen wollte? Man würde die Kostensumme, insoferne der Gesetzgeber darüber nichts bestimmt hätte, nach dem Grade der Strafbarkeit ermäßigen müssen, und wenn der Chicaneur dem Gegner die Kosten ganz ersetzen müßte; so würde sie der Fahrläßige, sey er es auch im höchsten Grade, nur zum Theil vergüten dürfen, denn offenbar ist jener weit strafbarer, als dieser. Kein Mensch läßt sich so etwas einfallen. Hat aber der Gesetzgeber schon selbst bestimmt, daß jeder, welcher überhaupt zur Kostenerstattung verbunden ist, dem Gegner seine Kosten ganz erstatten müsse: so ist der Gesetzgeber in der Anwendung selbst schon von seinem Princip der Strafbarkeit abgegangen, und auf das richtige vom Schadensersatz zurückgekommen. Der Gesetzesausleger muß also immer von dem naturgemäßen Princip ausgehen, und überall, wo der Gesetzgeber Lücken gelassen hat, können nur die Folgerungen aus diesem Princip eintreten, wenn gleich aus der Ansicht des Gesetzgebers sich andere Folgerungen ergeben würden. Ueberhaupt ist die wissen-

schaftliche Ansicht des Gesetzgebers, wenn er sie auch ausgesprochen hätte, nie der Maaßstab, den der Gesetzesausleger gebrauchen darf; denn falsche Detailbestimmungen sind leichter einzusehen, als falsche Principien, und der Gesetzgeber, der von einem falschen Princip ausging, würde im Detail, hätte er es bestimmt, sicher, wenn auch ohne sein Wissen, davon abgekommen seyn.

Die Proceßkostenerstattung ist also Schadensersatz, und selbst die positiven Gesetze müssen nach diesem Gesichtspunkt beurtheilet werden. Nun müssen wir aber allererst den Ursprung, den Umfang und die Natur der Verbindlichkeit zum Schadensersatz näher untersuchen, ehe wir sie auf die Proceßkostenerstattung anwenden.

Erste Unterabtheilung.

Von dem Ursprung, dem Umfang und der Natur der Verbindlichkeit zum Schadensersatz.

---

§. 5.

I. Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz entspringt aus der menschlichen Freyheit, und reicht nicht weiter, als die Freyheit.

Dieser Satz ist einleuchtend, und bedarf für den gemeinen Menschenverstand keines Beweises. Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz ist eine Art der Verantwortlichkeit überhaupt, und verantwortlich können wir uns den Menschen für seine Handlung — sowohl moralisch als auch rechtlich — nur insoferne denken, inwieferne wir zu wissen glauben, daß es ihm frey gestanden sey, seine Handlung zu unterlassen, oder an ihrer Statt eine andere vorzunehmen.

Gleichwohl hat die Rechtsphilosophie der Freyheit entbehren zu können geglaubt, und dieser Glaube, welcher sich allenthalben äussert, scheint auch auf die Lehre von Erstattung der Proceßkosten gewirkt zu haben. Wir müssen daher den möglichen Grund dieses Glaubens näher untersuchen, und können nur durch dessen Umstürzung unsern Satz ausser Zweifel setzen.

Dieser Grund, warum die Rechtsphilosophie der Freyheit entbehren zu können glaubt, kann nur in dem Begriff der Individualität gefunden werden. Als Individuum betrachtet ist der Mensch eine in sich selbst geschlossene Welt. Das Recht hat einen Zauberkreis um ihn gezogen, in welchem er nach Belieben schaltet und waltet, und welchen kein Dritter wider seinen Willen überschreiten darf. In diesem Kreise — in seiner Rechtssphäre handelt und wirkt das Individuum nur für sich; es kann sein Handeln und Wirken nicht darüber hinaus erstrecken, ohne in die Sphäre eines Dritten widerrecht-

lich einzugreifen. Geschieht es dennoch, so muß das Individuum, welches sein Handeln und Wirken über seine Sphäre hinaus erstreckt hat, sich gefallen lassen, daß alle in der Sphäre eines Dritten bewirkte Veränderung in seine Sphäre zurückgewiesen werde; denn sein Handeln und Wirken, alles was von ihm ausgeht, sey es Nutzen oder Schaden, ist und bleibt sein Eigenthum, da jedes Individuum nur für sich, nicht aber für ein Drittes ohne dessen Bewilligung handeln und wirken kann.

Der Schadensersatz ist daher auch nichts anders, als die Zurücknahme einer unbefugterweise auf eine fremde Rechtssphäre übertragenen Wirkung, sie mag durch qualitative Zurückgabe dessen, was herausgenommen, oder durch qualitative Vergütung dessen, was zerstört wurde, geschehen. *) Auf diesem Standpunkt kommt nun nichts auf die Freyheit an. Ob derjenige, welcher mir geschadet hat, mit Freyheit, oder aus einer in seiner Natur gegründeten Nothwendigkeit gehandelt habe, gilt mir gleichviel. Will er sich mit der letztern entschuldigen, so werde ich es ihm nicht bestreiten, daß er nach seinen Trieben und Begriffen, nach seiner individuellen

*) Von der Zurücknahme des in fremder Sphäre gestifteten Nutzens — vom Nutzensersatz, kann nur darum keine Rede seyn, weil ein jeder den ihm unwillkommenen Nutzen selbst aufgeben kann, ohne erst der Zurückweisung an den Urheber zu bedürfen.

Natur gerade so, wie geschah, handeln mußte; aber ich werde ihm sagen: Deine individuelle Natur geht mich nichts an. Mußtest du vermöge derselben schädlich handeln und wirken, so ist es ein Unglück für dich. Aber du kannst nicht verlangen, daß ich unter deiner Naturbeschaffenheit leiden soll. Was du Gutes bewirken kannst, und nach deiner individuellen Natur vielleicht bewirken mußt, ist dein Glück, ich habe keinen Theil daran; eben so wenig aber kannst du mir einen Theil des Uebels aufbürden, was aus deiner Natur hervorgeht. Behalte du, und nehme zurück, was dein ist, ich behalte, was mein ist. Wir sind durch unsere Rechtssphären getrennt, wir leben in verschiedenen Welten, Jeder muß sich gefallen lassen, daß er in der seinigen, sey sie die beste oder die schlimmste, eingeschlossen sey.

Auf dem Standpunkt der Individualität ist somit die Verantwortlichkeit ohne Schranke. Was der Mensch bewirkt, was aus seiner Natur hervorgeht, muß er ohne Ausnahme vertreten. Es kommt dabey nichts auf die Freyheit an. *) Genug daß jedes Individuum von

*) Es ist auch wirklich gar nichts Neues, wenn man die Behauptung hört, daß selbst der Wahnsinnige zum Schadensersatz verbunden sey. Ein Beweiß, wie sehr unsere Philosophie an dem einseitigen Standpunkt der Individualität klebe, und wie weit sie hinter dem gesunden Gefühl der römischen Juristen zurück sey.

dem andern getrennt ist, und sie alle mit einander nichts gemeinschaftlich haben, als — die Isolirung.

§. 6.

Wäre nun freylich der Mensch nichts weiter als ein Individuum, wäre sein Character durch die Individualität erschöpft: so wäre gegen diese Behauptung einer gränzenlosen Verantwortlichkeit nichts einzuwenden, und die Rechtsphilosophie könnte wohl der Freyheit entbehren. Allein der Mensch hat noch einen andern Character, welcher ihn an die Menschheit kettet, er ist Glied der Menschheit. Sind die Menschen vermöge des Characters der Individualität getrennt, so sind sie vermöge des Characters der Universalität in Eine und dieselbe Menschheit verflochten. Alle bilden nur ein Ganzes, und wenn das Individuum nur für sich lebt und wirkt, so lebt und wirkt der Mitmensch nur für's Ganze, wenn jenes nur vermittelst des freyen Willens mit dem Dritten etwas gemeinschaftlich haben kann, so kann dieser nur vermöge der Bewilligung des Ganzen (durch den Staat repräsentirt) etwas allein eigenthümlich haben. Wenn das Individuum gränzenlos verantwortlich ist, so ist es der Mitmensch gar nicht, denn was von ihm ausgeht, geht vom Ganzen aus, und umgekehrt.

Beyde Charactere sind sich geradezu entgegengesetzt. Sie weiter auszuführen ist hier kein Raum. Allein man

hat bereits die Idee der Menscheneinheit anerkannt, nachdem man von der einseitigen Begründung des Staats mittelst eines Gesellschaftsvertrags zurückgekommen ist.*) Gibt man aber zu, daß dem Menschen beide — sich in ihrer Ausdehnung widersprechende — Charactere zukommen: so hat man auch zugegeben, daß der Standpunct

*) Herr Prof. Behr hat neuerdings die Idee des Gesellschaftsvertrags mit großer Gewandtheit vertheidigt; (in seiner Zeitschrift für Staatsrecht rc.) Ich glaube aber schwerlich, daß je ein Vertheidiger dieser Idee eine wirkliche Staatsverfassung, wenn sie anders mit dem Character der Vernünftigkeit an sich bezeichnet ist, blos darum, weil sie nicht durch Vertrag entstanden, und nicht von dem Staatsbürger genehmigt ist, für rechtlich ungültig erklären wird. Aber eben so wenig wird auf der andern Seite behauptet werden können, daß die Entstehung der Staaten ein Werk der Natur sey, wenn man nicht den Menschen mit allen seinen Handlungen zum Werk der Natur machen will. Nach meiner Meinung liegt also die Wahrheit in der Mitte. Der Wille der Individuen ist nicht Quelle des Staatsrechts, sonst käme einer einstimmigen Räuberbande auch eine rechtliche Gültigkeit zu; aber sein Wille ist unmittelbarer Entstehungsgrund des Staats, und der Staat (dessen Gültigkeit nicht von seiner Entstehung abhängt) entsteht auf eine desto vernünftigere Weise, je einiger die Interessenten hiebey sind. Die Vertheidiger der Vertragstheorie nehmen zur stillschweigenden Einwilligung der Unterthanen in der Staatsverfassung die Zuflucht. Hier gründen sie sich — stillschweigend auf die Wahrheit:

der Individualität ein einseitiger ist, und daß man lediglich von ihm ausgehend auf Irrthümer gerathen muß; denn der Mensch kann beide Charactere nur insoferne haben, als sie sich in irgend einem Punct wechselseitig begränzen, er kann Individuum und Mitmensch — beides nur bis zu einem gewissen Punct seyn. Be-

---

daß angenommen werden muß, jeder Bürger billige die bestehende Verfassung, nach welcher vernünftig regiert wird.

Aber hier zernichtet sich jene Theorie von selbst, oder vielmehr ist hier der Vereinigungspunct beider einseitigen Theorien; denn daß man die Einwilligung der Bürger in die bestehende vernünftige Verfassung präsumirt, leiht nicht erst derselben ihre Gültigkeit, indem sonst auch die unvernünftigste Regierung rechtlich gültig wäre, so lange sie der Unterthan stillschweigend duldet, sondern eben nur darum, weil, und inwieferne die Verfassung vernünftig ist, kann und muß die Einwilligung präsumirt werden.

Man verzeihe mir diese Abschweifung. War ich gleich mit der Ansicht eines durch Natur nothwendigen Staates insoferne nicht einig, als sie die Entstehung des Staats der Natur zuschreiben zu wollen schien (in welchem Falle auch der unvernünftigste Staat vernünftig seyn müßte) so glaubte ich mich doch in der Beziehung des Textes unbedingt auf sie berufen zu können. Da ich aber fand, daß diese Ansicht neuerdings von einem wichtigen Schriftsteller bestritten wurde, so glaubte ich eine kleine Rechenschaft über meine Ansicht geben zu müssen, um nicht mißverstanden zu werden.

trachtet man ihn nur in einer Eigenschaft, so nimmt man die Hälfte für das Ganze, und alle daraus abgeleitete Grundsätze müssen sich, sobald sie die Gränze überschreiten, selbst zernichten.

So verhält es sich auch wirklich mit der gränzenlosen Verantwortlichkeit. Wenn wir von der Freyheit absehen, und jede Handlung als eine nothwendige betrachten: so ist sie nicht allein durch die innere Natur des Handelnden, sondern auch durch alle äussere Umstände, und wo zwischen Menschen gehandelt wird, durch Wechselwirkung bedingt. Wer von einem Individuum beschädigt wird, wird es nicht blos, weil der Beschädiger seine bestimmte individuelle Natur hat, sondern er wird es auch deswegen, weil er — der Beschädigte —, das bestimmte Individuum ist. Wer mich mittelst eines durch das Fenster auf die Gasse geworfenen Steins beschädigt, hätte mich nicht beschädigt, wenn ich nicht gerade vorbeygegangen wäre, und der mordlustige Mörder hätte mich nicht gemordet, wenn ich seine Sinnlichkeit nicht gerade so, wie geschah, afficirt hätte. Eine von der Freyheit unabhängige nothwendige Wirkung ist ohne Wechselwirkung nicht denkbar. Der Beschädigte ist mithin sowohl, als der Beschädiger an der Beschädigung Schuld, und die Verantwortlichkeit vernichtet sich wechselseitig.

Es ist demnach ohne Freyheit keine Verantwortlichkeit möglich. Die Freyheit ist der Gränzpunct zwischen Individualität und Universalität. So weit der Mensch

frey ist, so weit ist er Individuum, und so weit gilt seine Verantwortlichkeit, denn was er mit Freyheit bewirkt, muß er sich selbst beymessen, weil er es hätte unterlassen können. So weit aber der Mensch nicht frey ist, so weit ist er ein Glied der Menschheit. Was ohne seine Freyheit sich ereignet, treffe nicht ihn allein, sondern die Menschheit. Glück und Unglück, was nicht vom freyen Individuum abhängt, seyen gemeinschaftlich. Assecuranzgesellschaften wider Brand-Hagel-Viehschäden u. s. w. verdienen zu allgemeinen Staatsanstalten erhoben zu werden, und sie werden gewiß seiner Zeit diese Stufe ersteigen. Wir haben es jedoch hier nicht weiter mit dem Jenseits der Freyheit zu thun, wohl aber müssen wir die Natur und den Umfang der menschlichen Freyheit untersuchen, um daraus die Natur und den Umfang der Verantwortlichkeit überhaupt, und der Verbindlichkeit zum Schadensersatz insbesondere einsehen zu können.

§. 7.

II. Begriff und Umfang der Freyheit und Verantwortlichkeit.

Es gibt eine Freyheit, welche mit dem Vermögen aus eigener Kraft thätig zu seyn, gleichbedeutend ist. Diese Freyheit schreiben wir auch dem Thiere zu. Wenn uns der Haushund Nachts durch sein Bellen vor Dieben schützt: so wissen wir wohl, daß wir diese Wohlthat blos seinem Instincte zu danken haben. Allein dar-

um können wir noch nicht behaupten, daß der Hund nicht mit Freyheit belle. Wer hätte ihn denn dazu gezwungen? Sein Instinct? Freylich wohl! aber sein Instinct ist seine Natur, und seine Natur ist von ihm nicht verschieden. Sagen: der Instinct zwingt das Thier, heißt nichts weiter, als, es zwingt sich selbst, und dieser Zwang ist mit der Freyheit wohl verträglich; ja er ist ein wesentliches Merkmal der Freyheit, denn ein thätiges Subject, welches sich nicht selbst zur Thätigkeit gezwungen hätte, müßte durch einen ausser ihm liegenden Grund dazu gezwungen worden seyn, und mit einem äussern fremden Zwange kann schlechterdings keine Freyheit bestehen. Wäre das Gezwungenwerden durch eigene Natur mit der Freyheit unverträglich, so wäre selbst Gott nicht frey, denn er, der Allerheiligste, kann doch wohl nicht anders, als nach seiner göttlichen Natur handeln.

§. 8.

Das Vermögen, aus eigener Kraft thätig zu seyn, wird also durch die Nothwendigkeit, nach eigener Natur handeln zu müssen, nicht aufgehoben, und jenes Vermögen muß allerdings für seine Freyheit gelten, sie ist nemlich die Freyheit von fremdem Zwange. Allein diese Freyheit ist es nicht, welche wir dem Menschen zuschreiben, und wenn wir von menschlicher Freyheit sprechen, legen wir eine ganz andere Idee zu Grund.

Die Unabhängigkeit von fremdem Zwange ist in dieser Idee begriffen, aber sie ist dadurch noch lange nicht erschöpft.

Der Mensch, so sagt uns unser Gefühl, hat eine Wahlfreyheit. Das Thier ist aus eigener Kraft thätig, aber die Art und Weise seiner Thätigkeit ist durch seine Natur bestimmt, es kann nur auf eine bestimmte Weise thätig seyn. Der Mensch dagegen soll nicht blos aus eigener Kraft thätig seyn, sondern er soll zwischen Handeln und Wandeln die Wahl haben. Die Art und Weise seines Handelns soll nicht schon durch eine gegebene von seiner Freyheit unabhängige Natur bestimmt seyn, sondern erst durch Wahl von ihm bestimmt werden. *) Wie ist dieses möglich?

Die Wahlfähigkeit ist durch das Bewußtseyn — im weitesten Sinne, bedingt. Wer es weiß, nicht nur, daß er überhaupt gehen könne, sondern auch, daß er mehrerley gangbare Wege vor sich habe, dem ist es möglich, zwischen mehrern Wegen einen zu wählen, und so verhält es sich mit allem Handeln. Da nun der Mensch Bewußtseyn hat, da er bey jeder Handlung mehrere mögliche Handlungsweisen kennt: so wird es ihm mög-

---

*) Wenn man die Freyheit (was allerdings in gewisser Beziehung geschehen kann) selbst zur Natur des Menschen rechnet: so handelt freylich der Mensch auch nur nach seiner Natur; aber man darf diese freye Natur nicht mit der unfreyen (blind bestimmten) verwechseln.

lich zwischen mehrern Handlungsweisen zu wählen. Das Thier wählt wohl auch, wenn es an den Scheideweg kommt, aber es wählt nicht selbst, d. h. es weiß nichts von seiner Wahl, es geht zufällig den einen oder den andern Weg; oder eigentlich ist es die Natur, welche für das Thier wählt. Das Thier setzt nur seine Kraft in Bewegung, die Natur aber leitet dieselbe, und es folgt blind der Leitung der Natur. Der Mensch dagegen ist nicht blind, er sieht den Wahlpunct selbst, und darum ist Er es, der die Wahl trift, nicht eine, seinem Bewußtseyn fremde Natur. Er bewegt sich nicht nur selbst, sondern, er leitet sich auch selbst, und sein Bewußtseyn macht es möglich, daß er die Zügel selbst führen könne, welche das Thier dem blinden Trieb, einer fremden Natur überlassen muß.

§. 9.

Allein dadurch ist die Wahl nur erst möglich gemacht. Wie der Mensch zur wirklichen Wahl gelange, ist durch die blose Möglichkeit nicht begreiflich. Die Möglichkeit ist ein rein negativer Begriff, sie ist ein leeres Nichts, und aus Nichts kann nicht Etwas werden. Das Unbestimmte kann für sich allein nie das Bestimmte erzeugen. Ich stehe mit dem Bewußtseyn der doppelten Möglichkeit am Scheideweg, ich sehe, daß ich rechts oder links gehen kann. Für welche Seite soll ich mich bestimmen? Ohne positiven Grund kann ich einen Weg,

wie den andern wählen, einen gerade so leicht, als den andern; aber eben darum kann ich mich gar nicht entscheiden, ich kann vor lauter Wahlfreyheit nicht zum Wählen kommen. Ich werde ohne positiven Bestimmungsgrund ewig stehen bleiben müssen, gerade so, wie der hyperboreische Esel zwischen zwey Bündeln Heu verhungert, welche ihn beyderseits gleich stark anziehen.

Soll es also je zur Entscheidung kommen, so muß der Mensch positive Bestimmungsgründe haben. Diese Gründe sind bekanntlich Pflicht, oder Naturtrieb. Nur mittelst der Vorstellung der Pflicht (des cathegorischen Imperativs) oder mittelst des sinnlichen Triebs kann der Mensch eine Wahl treffen, und wirklich handeln. Nur mittelst dieser positiven Bedingungen kann aus dem Negativen — der Wahlfreyheit, etwas Positives — die Handlung hervorgehen.

Diese positiven Bedingungen sind aber von der Freyheit unabhängig. Das Pflichtgefühl und den Trieb schaffen wir nicht selbst in uns, wir müssen sie gegeben annehmen, folglich sind die positiven Bedingungen unsers Handelns der Nothwendigkeit unterworfen. Sollte nicht hieran die Freyheit scheitern?

§. 10.

Was zuvörderst das Qualitative des Pflichtgefühls, d. h. die subjective Erkenntniß der Pflicht betrifft, so ist es klar, daß durch einen Irrthum die Freyheit nicht

aufgehoben werde. Die menschliche Handlung kann zwar wegen des Irrthums des Handelnden ihr Ziel verfehlen, der Mensch kann in guter Absicht eine böse, in böser Absicht eine gute Handlung begehen. Aber nichts desto weniger wählte er mit Freyheit das vermeintliche Gute, oder Böse. Die äussere Handlung erscheint nicht als Product der Freyheit, aber im Innern ward der Freyheit durch den Irrthum ihre Herrschaft nicht benommen.

Was dagegen das Quantitative des Pflichtgefühls — die angeborne Neigung zum Guten, oder Bösen, — und den Trieb betrifft: so können wir keine wirkliche Handlung als geschehen begreifen, ohne die bestimmte Neigung, den bestimmten Trieb, als den Grund ihrer Möglichkeit anzunehmen. Betrachten wir nur jenen Dieb; seine Mutter gelüstete während der Schwangerschaft nach einer fremden Frucht, sie brach, genoß dieselbe, und ihr Sohn brachte nun eine entschiedene Neigung zum Diebstal mit auf die Welt. Was kann er für diese Neigung, diesen angebornen Hang? und doch wäre er ohne ihn wahrscheinlich kein Dieb geworden! Jener Mensch ward mit dem Organ des Mordsinns geboren, und daß er damit geboren wurde, ist Folge einer unendlichen Verkettung von Ursachen. Er hat sich dieses fatale Organ nicht gegeben, und doch wäre er ohne dasselbe wahrscheinlich kein Mörder geworden! Ist nun der Dieb mit Freyheit ein Dieb, der Mörder mit

Freyheit ein Mörder geworden, da sich beide die positiven Bedingungen, wodurch sie es worden, nicht selbst gegeben haben? Und wenn sie nicht Verbrecher aus Freyheit sind, wie will man sie strafen? Wie will man es ihnen zurechnen, was nur der blinden Natur, und einem unvermeidlichen Fatalismus zugerechnet werden kann? Ich wußte wohl, sagt gemeiniglich der Verbrecher, daß ich nicht recht that, aber es war, als hätte es so seyn müssen. So verhält es sich mit allen menschlichen Handlungen. Einen Trieb, ein Gefühl, eine gewisse unwillkührliche Regung des Geistes hinweggedacht, macht jede Handlung ungeschehen, d. h. sie wäre ohne den bestimmten Trieb, ohne das bestimmte Gefühl, ohne die bestimmte Regung nicht geschehen; und doch sind Gefühle, Triebe, Regungen, Producte der Nothwendigkeit.

Nehmen wir noch die unendlich verschiedenen Modificationen hinzu, welche durch zufällige äussere Umstände und Verhältnisse, durch Erziehung, Bildung, Gesellschaft, Beyspiele u. s. w. in jenem Gebiet der nothwendigen Bedingnisse menschlicher Handlungen erzeugt werden: so verschwindet alle Freyheit, der roheste Fatalismus tritt an ihre Stelle, und beherrscht die geistige, wie die physische Welt.

§. 11.

Wir können die Nothwendigkeit der menschlichen Handlung, vermöge deren sie nur unter gegebenen positi-

ven Bedingungen möglich wird, nicht läugnen, aber wir läugnen, daß diese Nothwendigkeit die Freyheit aufhebe.

Was zuvörderst die Modificationen der menschlichen Neigungen, Anlagen, Triebe u. s. w. betrifft, welche durch Erziehung, Bildung, und andere äussere Umstände herbeygeführt werden: so ist es klar, daß dadurch keine Menschennatur verändert, sondern lediglich die Neigungen und Anlagen gestärkt oder geschwächt, mit einem Wort: entwickelt werden. Wir können daher diese modificirten und entwickelten Neigungen und Anlagen mit den ursprünglich angebornen zusammenfassen, und nun reducirt sich der ganze Einwand auf den schon mit andern Worten ausgesprochenen Satz, daß keine bestimmte menschliche Handlung ohne die bestimmte positive Bedingung hätte entstehen können. Dieser Satz ist richtig, denn nur mittelst bestimmter positiver Bedingungen kann es zu bestimmten Handlungen kommen, wie wir schon oben bemerkt haben. Allein daraus, daß eine bestimmte Handlung nur unter bestimmten Bedingungen entstehen kann, folgt noch nicht, daß sie auch unter diesen Bedingungen entstehen muß. In der physischen Natur finden wir zwischen Möglichkeit und Wirklichkeit keine Lücke, was einmal möglich geworden, muß auch wirklich werden; allein die Freyheit soll ja eben darinn bestehen, daß sie die Wirklichkeit aus der Möglichkeit erst bestimme. Was ihr möglich ist, das steht ihr frey,

zu verwirklichen, aber sie ist nicht dazu gezwungen. Konnte also auch eine menschliche Handlung ohne die bestimmte Bedingung nicht zu Stande kommen, so wurde sie doch nicht schon durch diese Bedingung, sondern lediglich durch die Freyheit aus einer möglichen zur wirklichen Handlung. Daß der Dieb einen Hang zum Diebstal, der Mörder einen Reiz zum Mord in sich fühlten, machte ihnen die Begehung des Verbrechens möglich, aber sie waren nicht gezwungen, die Möglichkeit zur Wirklichkeit zu machen, und Niemand wird beweisen können, daß alle Menschen, welche mit dem Diebs- oder Mordsinn geboren werden, auch wirklich Diebe und Mörder geworden sind. Aus dem angeführten Grunde, daß nur nach positiven Bedingungen gehandelt werden kann, läßt sich also nichts gegen die Freyheit beweisen.

Soviel scheint aber daraus hervor zu gehen, daß es nicht jedem Menschen gleich leicht gemacht sey, durchaus pflichtmäßig zu handeln, und das Pflichtwidrige zu vermeiden. Nach Maaßgabe seiner individuellen Anlage und Bildung hat dieser leichte, jener schwere Kämpfe für die Pflicht zu bestehen. Einer kann seine schwächern sinnlichen Triebe mit leichter Mühe, ein Anderer seine stärkere Sinnlichkeit nur mit größter Anstrengung besiegen. Darum entschuldigen wir aber auch diesen, wenn er im schweren Kampfe unterliegt, eher als jenen, wenn er schon dem schwachen Reize zum Verbrechen folgt; und es ist ganz unrichtig, wenn man die bürgerliche Strafe

nach der Stärke der sinnlichen Neigung zum Verbrechen bemessen will; denn wer einem schwachen Feinde unterliegt, ist wahrlich weit strafbarer, als wer nur nach starker Gegenwehr sich besiegen läßt.

§. 12.

Es ist bisher gezeigt worden, daß die Freyheit mittelst des Bewußtseyns als möglich gedacht werde; aus dem Grunde aber, daß nur nach positiven Bedingungen gehandelt werden könne, nichts gegen sie erweislich sey. Für sie ist dadurch unmittelbar nichts bewiesen, und es ist überhaupt unmöglich, die Existenz der Freyheit zu beweisen, insoferne man unter Beweiß die Darlegung des nothwendigen Zusammenhangs zwischen Grund und Begründetem versteht, denn die Freyheit ist nach unserer bisherigen Darstellung ein unbestimmtes Vermögen, die durch positive Bedingungen begründete Möglichkeit des Handelns in Wirklichkeit zu verwandeln, oder es auch bey der Möglichkeit bewenden zu lassen. Sie erzeugt ihre Thätigkeit aus sich selbst, und ist Grund, und Begründetes zugleich. Man kann nicht nach einem Grunde fragen, warum die Freyheit des Menschen hier so, dort anders wäre, warum ein Mensch seine freye Kraft ganz, ein Anderer nur zum Theil, ein Dritter gar nicht gebrauche? Denn wäre ein anderer Grund als sie selbst vorhanden, wäre z. B. die freye Kraft eines jeden Menschen eine im Voraus be-

stimmte, welche somit nicht anders, als nach dem Verhältniß ihrer Bestimmung wirken könnte: so wäre sie von einem Grund ausser ihr abhängig, sie wäre als ein nothwendig Begründetes begreiflich, aber eben darum keine Freyheit.

Ist aber gleich die Freyheit in diesem Sinne unerweislich, weil sie Grund und Begründetes zugleich ist, und folglich nicht vermittelst des Begriffs von Ursache und Wirkung aufgefaßt werden kann: so kann sie darum doch nicht bezweifelt werden; denn wir müssen überall, wo wir eine Reihe der Erscheinungen von oben herab erklären wollen, den obersten Punct als sich selbst bestimmend, folglich von jedem Bestimmungsgrund ausser ihm unabhängig, in dieser Hinsicht als unbestimmt, und unendlich, mithin als unbegreiflich für den Verstand denken. Dieser unbegreifliche Anfangspunct muß in Bezug auf unser Handeln eben sowohl, als in Bezug auf die Aussenwelt angenommen werden, und daß wir ihn nicht ausser uns, nicht in Gott oder der Natur, sondern in uns selber suchen müssen, sagt uns unser Gefühl, unser Gewissen, und vorzüglich das wirkliche Leben, welches die Freyheit überall voraussetzt, um begriffen werden zu können. Alle Religion, alle Tugend, alles was dem Menschen heilig ist, würde ohne Freyheit zum leeren Traume, alle Möglichkeit einer Verantwortlichkeit, alles Recht, alle Strafe müßte ohne sie verschwinden. Wie könnte man demnach auch nur einen Augen-

blick zweifeln, daß der höchste Punct, von welchem die menschliche Handlung ausgeht, und welcher seiner Unbegreiflichkeit ungeachtet denn doch vorhanden seyn muß, nicht ausser — sondern in dem Menschen vorhanden sey?

§. 13.

III. Nähere Bestimmung der freyen, die Verantwortlichkeit erzeugenden Handlung.

Die freye Kraft des Menschen ist durch sich selbst productiv, und muß, wenn sie in Thätigkeit gesetzt wird, auf irgend einen Gegenstand — der innern oder äussern — Erfahrungswelt gerichtet seyn. Die bestimmte Richtung auf irgend einen Gegenstand ist der Wille, und das Product, welches der Wille hervorbringen will, ist der Zweck. Der Mensch soll nun seinen Willen blos auf das Gute, auf die Pflicht richten, er soll nur das Gute wollen, und für den bösen Willen ist er verantwortlich, er wird ihm als Schuld angerechnet.

Wäre der Mensch an Macht und Verstand vollkommen: so würde jederzeit die Wirkung seines Willens den Maaßstab seiner Verantwortlichkeit abgeben. Allein Irrthum, und Unmacht können den Zweck seines Willens vereiteln, und einen andern, als den gewollten Zweck herbeyführen. Im Innern zwar, solange der Zweck nur in Gedanken und Vorstellungen besteht, ist

dieses unmöglich, denn es wird hier nichts gewirkt, es bleibt alles ideell. Allein wenn die Handlung zur äusserlichen wird: so wird auch der Irrthum reell, und die Handlung, welche als eine gute bezweckt war, kann zur objectiv bösen werden, weil der Mensch entweder im Begriff des Guten irrte, und somit das Böse für gut hielt, oder weil er die äussern Bedingungen, unter welchen er eine andere Wirkung, als er wollte, hervorbringt, nicht genug kannte. Er hielt es z. B. für gut, einen Leidenden auf sein Bitten zu tödten, und tödtete ihn, oder er schoß nach einem Stück Wild, und tödtete einen hinter'm Busch verborgenen Menschen, den er vorher nicht sah.

Wüßte der Mensch nichts von der Möglichkeit eines solchen Irrthums: so würde er nie dafür verantwortlich seyn, denn die Freyheit reicht nicht weiter als das Wissen; wo uns der Verstand mit seiner Fackel verläßt, können wir unsere Thätigkeit nicht mehr leiten, wir handeln blind, wie das Thier, und folglich nicht freyer, als das Thier.

Allein solange der Mensch nicht alle äussere und innere Verhältnisse, unter welchen er handelt, einsieht, solange mithin der Irrthum möglich ist, fühlt er auch diese Möglichkeit, und ist sich ihrer bewußt. Dieses wissend muß er nun aber alle äussern und innern Verhältnisse seines Handelns kennen zu lernen suchen, er muß seine Kraft *soviel möglich anstrengen*, und

ganz erschöpfen, um den Irrthum, und seine äussere Folgen zu vermeiden. Unterläßt er diese Anstrengung, ehe er handelt, und er trifft dennoch das Gute: so mag er es vor seinem Gewissen verantworten, daß er sich der Gefahr ausgesetzt hat, Böses zu begehen, der äussere Richter hat ihm nichts zu sagen. Ist aber seine mehr oder weniger auf Geradewohl unternommene Handlung als eine böse ausgefallen, so wird ihn der äussere Richter eben so wohl, als der innere, der Fahrlässigkeit mit Recht beschuldigen, und ihn zur Vertretung derselben anhalten.

§. 14.

Hiernach ist der Mensch nicht nur das erkannte Gute zu thun, das erkannte Böse zu meiden schuldig, sondern er muß sich auch alle Mühe geben, um das wirkliche Gute, oder Böse kennen zu lernen; er muß seine ganze freye Kraft hiezu gebrauchen, und nur wenn dieses geschehen ist, wenn er seine Freyheit erschöpft hat, ist er für den Irrthum, welchen er bey aller Anstrengung nicht vermeiden konnte, und welcher sodann als nothwendig erscheint, nicht weiter verantwortlich.

Allein selten kann der Mensch ganz gewiß seyn, daß er bey seinem Handeln nicht irre, daß er nicht entweder das wirkliche Gute — dem Begriffe nach mißkenne, oder den äussern Zweck seiner Handlung aus Mangel an Kenntniß der Verhältnisse, und des Causalzusammenhangs

verfehle; aber eben so selten kann ihm die Möglichkeit des Irrthums entgehen. Ich grabe z. B. eine Fallgrube für wilde Thiere, ich lasse mein Hausdach repariren, u. s. w. ich weiß es wohl, daß unter gewissen äussern Bedingungen auch ein Mensch in die Grube fallen, und beschädigt werden, oder daß bey der Dachreparatur ein herabfallender Ziegel einen Vorbeygehenden erschlagen könne. Meine Handlung kann somit unter gewissen Bedingungen schädlich werden, und insoferne diese Bedingungen, wiewohl ohne mein Wissen nothwendig eintreten müssen, ist meine Handlung objectiv eben so bös, als wenn ich die böse Folge gewollt hätte. Es ist z. B. objectiv betrachtet, Eine und dieselbe Handlung, ob ich in der Meinung, ein Thier zu treffen, oder wissentlich einen Menschen erschossen habe. Die Tödtung hängt in einem Fall so nothwendig, als im andern mit meiner Handlung zusammen. Soll ich nun, weil ich die Möglichkeit eines Irrthums weiß, und ihn nicht anders, als durch Nichthandeln mit Gewißheit vermeiden kann, die Handlung ganz unterlassen?

Wäre die Frage zu bejahen: so würde der Mensch beynahe ganz unthätig bleiben müssen, er würde am besten daran thun, wenn er — ewig schliefe, denn nur so würde er sicher seyn, daß er sich keine Verantwortlichkeit zuziehe. Dieses wäre aber offenbar vernunftwidrig, die Vernunft fordert die möglichste Thätigkeit, jeder Mensch soll handeln, und Gutes wirken, soviel er kann.

Sie kann daher nichts weiter fordern, als daß ein jeder die vermeintlich gute Handlung, welche ihm auch nach der sorgfältigsten im vorigen § geforderten Prüfung noch als gut erscheint, mit der möglichsten Vorsicht vornehme, daß er von seiner Seite alles, was in seinen Kräften steht, anwende, um seine Handlung auch in ihren Folgen zu beherrschen. Wer also nach einem Stück Wild schießt, der sehe sich zuvor um, ob sein Schuß nicht auf irgend einen Weg gerichtet sey, wo öfters Menschen herkommen, und ihm in den Schuß laufen können; wer eine Fallgrube für Thiere gräbt, grabe sie an einem abgelegenen Ort; wer sein Hausdach repariren läßt, stecke Warnungszeichen aus, damit der Vorübergehende sich nicht ohne eigenen Mangel an Aufmerksamkeit zu sehr nähern könne, u. s. w.

Wer solchergestalt alles Mögliche gethan hat, um seine an sich erlaubte Handlung unschädlich vorzunehmen, um sie vollständig zu beherrschen, der ist entschuldigt, wenn sie dennoch zum Schaden eines Dritten ausschlägt, denn er hat das Seinige gethan; seiner Freyheit kann die Beschädigung nicht zugerechnet werden, und nur allein die Freyheit ist der Verantwortlichkeit unterworfen.

Nur von dem Standpunkt der Individualität aus läßt sich behaupten, daß der Mensch eine möglich schädliche Handlung nur auf eigene Gefahr wagen dürfe. Allein dann würde auch die gefährlichste Handlung

auf Unrechtskosten gewagt werden dürfen, und die unschuldigste Handlung würde mittelst eines ganz zufälligen schädlichen Erfolgs verantwortlich machen. Nur der Erfolg wäre der Maaßstab aller Zurechnung, und es träte jene gränzenlose von der Freyheit unabhängige Verantwortlichkeit ein, deren Ungrund schon oben gezeigt worden ist. *)

§. 15.

Ist nun lediglich die Freyheit Quelle aller Verantwortlichkeit, so versteht es sich von selbst, daß jederzeit auch der geringste Grad von Versehen vertreten werden müsse, denn auch das geringste Versehen ist Mangel am gehörigen Gebrauche der Freyheit, und was aus der Freyheit des Einzelnen hervorgeht, was der Einzelne mit Freyheit thut, oder unterläßt, kann nur ihm allein angehören, weil sonst der Dritte, auf welchen die Freyheit des Einen mittelst Thätigkeit, oder Nachläßigkeit ihren Einfluß hätte, von diesem abhängig, und somit in seiner eigenen Freyheit gestört wäre.

---

*) Auf diesem Standpunkt könnte auch kein Polizeygesetz, wodurch Beschädigungen verhütet werden sollen, gerechtfertiget werden. Wer z. B. auch mit der größten Geschwindigkeit — ohne Geläute — durch die öffentlichen Strassen der Stadt Schlitten gefahren wäre, könnte, wenn es glücklicherweise ohne Beschädigung ablief, nicht gestraft werden.

Eben so kann es auch im Allgemeinen nicht bezweifelt werden, daß die individuelle Erkenntniß des Handelnden bey Beurtheilung seiner Verantwortlichkeit berücksichtigt werden müsse, denn die Erkenntniß ist, wie schon gezeigt worden, ein wesentliches Erforderniß der Freyheit, und eine Handlung ist nur insoweit frey, als sie der Handelnde innerlich und äusserlich, d. h. dem Begriffe, und den äussern Verhältnissen nach, kennt, oder wenigstens mit gehöriger Anstrengung seiner freyen Kraft kennen kann. Allein das gesellschaftliche Verhältniß der Menschen macht alle zum gemeinen Leben, zum Handeln in der Sinnenwelt erforderliche Erkenntniß zum Gemeingut. Wer es nicht weiß, was gut oder böse sey, oder wie eine Handlung auf die minder gefährlichste Art vorgenommen werden könne, der frage den nächsten besten Nachbar, welcher als ein mit gemeiner Kenntniß und Klugheit begabter Mann gilt, und er wird die nöthige Belehrung erhalten. Wenigstens muß ein jeder das wissen, was jeder ordentliche Mann seines Standes weiß. Ohne eigene Nachläßigkeit kann ihm diese Kenntniß nicht entgehen, denn er hat täglich Gelegenheit, sie sich zu verschaffen, und diese Gelegenheit, welche das gesellschaftliche Leben mit Mitmenschen Jedem anbietet, muß Jeder ergreifen, wenn er seine Freyheit gehörig gebrauchen will. Darum kann sich Niemand mit Unwissenheit entschuldigen, wenn von solchen Kenntnissen die Rede ist, welche Jeder in gleichem Verhältniß wohl haben kann.

Welche Kenntnisse hiezu gerechnet werden müssen, kann nur nach dem Culturgrad eines jeden Volks bemessen, und nur durch Erfahrung erkannt werden. Ueberhaupt gehört das nähere Detail, und die Anwendung auf das im Staat realisirte Recht nicht hieher. Es genügt uns die Verbindlichkeit zum Schadensersatz aus der Freyheit abgeleitet zu haben, und wir gehen nun zur Anwendung dieser Verbindlichkeit auf die Proceßkostenerstattung über.

Zweite Unterabtheilung.

Anwendung

der Grundsätze vom Schadensersatz auf Erstattung der Proceßkosten.

---

§. 16.

I. Proceßkostenerstattung überhaupt.

So gewiß die Selbsthülfe verboten ist, so gewiß ist es jedem erlaubt, richterliche Hülfe nachzusuchen, oder ein Recht vor Gericht zu vertheidigen. Das Proceßführen ist also an sich eine erlaubte Handlung. Allein sie ist es nur von Seite dessen, der Recht hat; von Seite des Unterliegenden ist sie eine unerlaubte Handlung, denn er hat, wie das richterliche Erkenntniß beweißt,

das Unrecht geltend zu machen gesucht, und er ist so-
mit den durch seine ungerechte Handlung dem Gegner
verursachten Schaden — die Proceßkosten zu ersetzen
schuldig. *)

Man ist aber auch für die widerrechtliche Handlung, wie wir bereits erwiesen haben, nur insoferne verantwortlich, als sie der Freyheit zugerechnet werden kann. Der besiegte Proceßführer ist also nur insoweit zum Proceßkostenersatz verbunden, als es ihm möglich war, seine Unschuld bey gehöriger Aufmerksamkeit, und Anstrengung seiner Kraft einzusehen, und somit die ungerechte Handlung zu vermeiden. Zwar hätte derselbe das Proceßführen auch ohne Erkenntniß seines Unrechts unterlassen, und sein vermeintes Recht blindlings aufgeben können; allein daß ein blindes Handeln oder Unterlassen nicht der Freyheit angehöre, und daß man eine als vernünftig erkannte Handlung nicht darum, weil man weiß, daß man auch bey dem besten Willen irren kann, unterlassen solle, ist bereits bewiesen. Gibt es somit Fälle, in welchen der Besiegte sein Unrecht bey aller Anstrengung nicht erkennen konnte, woran Nie-

---

*) Wo eine grobe Schuld, oder gar böser Vorsatz dem ungerechten Processiren zu Grund liegt, da sollte immer auch eine amtliche Strafe neben dem Schadensersatz eintreten; es sollten mithin in jeder Gerichtsordnung eigene Bestimmungen über Proceßstrafen enthalten seyn.

mand zweifelt, so handelt er nicht mit Freyheit unrecht, und er ist nicht zum Schadensersatz verhaftet, wenn er, jene Anstrengung seiner Kräfte vorausgesetzt, sein Unrecht nicht kannte.

Das Gegentheil läßt sich nur auf dem einseitigen Standpunct der Individualität behaupten, wovon oben die Rede war. Aber eine solche über die Gränze der Freyheit ausgedehnte Verbindlichkeit vernichtet sich auch hier. Denn wenn ich mein Unrecht vor dem richterlichen Erkenntniß nicht einsehen konnte: so konnte ja auch mein Gegner (wenigstens in der Regel) sein Recht eben so wenig mit Gewißheit erkennen. Und wenn ich dadurch fehlte, daß ich ein Recht, worüber ich möglicherweise irren konnte, auf den Proceß ankommen ließ, so fehlte ja mein Gegner eben so sehr, daß auch er ein Recht, worüber er sich möglicherweise irren konnte, dem richterlichen Erkenntniß anheim stellte. Meine Schuld wird durch die seinige aufgewogen, und wir haben uns wechselseitig nichts vorzuwerfen, als daß wir beide den Erfolg unseres Processes nicht voraus wissen konnten.

Wenn man behauptet *), daß das richterliche Urtheil weder ein Werk des blinden Ungefährs, das Niemand voraus sehen konnte, noch ein höherer Orakelspruch sey, den der menschliche Verstand nicht zu erreichen vermöge, sondern daß jedes richterliche Urtheil als

*) Weber S. 80. der angef. Schrift.

Resultat einer sorgfältigen und unpartheyischen Prüfung betrachtet, sohin angenommen werden müsse, daß der überwundene Theil das Rechtswidrige seines Streits eben so wohl hätte einsehen können, als es der Richter eingesehen habe: so ist diese Behauptung in ihrer Allgemeinheit ganz unrichtig. Es gibt, wie jeder mit der Rechtspflege nicht ganz unbekannte Mensch weiß, Fälle, welche von verschiedenen gleichfähigen Richtern sehr verschieden beurtheilt werden. Wer bey einem Gerichte seinen Proceß gewinnt, hätte ihn vielleicht bey einem andern verloren. Ja bey einem und dem nemlichen Gerichtshof wäre vielleicht der heute Ueberwuudene als Sieger aus dem Streite getreten, wenn seine Sache acht Tag früher oder später zum Vortrag gekommen wäre, und ein heute verhindertes, oder nicht verhindertes Mitglied des Collegiums mehr oder weniger mitgestimmt hätte. Das letzte Erkenntniß in solchen Fällen ist nur darum das richtige, weil es das letzte ist. Kein Mensch kann mit Gewißheit wissen, ob nicht ein noch höherer Richter abermal anders erkennen würde. Kein Mensch kann mit Gewißheit sagen, daß das Recht erkannt sey. Es ist nur Etwas als Recht ausgesprochen, was der bestimmte Richter gerade dafür ansieht. Der Knoten, den der Proceß schürzte, ist nicht gelöst, sondern zerhauen. Daß dieses geschehen, daß Etwas als Recht erkannt werden würde, konnte jeder voraus sehen, aber was als Recht anerkannt werden würde, konnte kein Sterblicher

errathen. Wie könnte man in solchen Fällen annehmen, der Besiegte habe wenigstens einen Irrthum unterhalten, den er hätte vermeiden können. Es ist ja gar nicht einmal gewiß, ob er, der Besiegte, oder nicht vielmehr der Richter selbst mit dem Sieger geirrt habe! Es ist Zufall, daß gerade dieser bestimmte Richter mit seiner subjectiven Ansicht den Proceß entscheiden mußte, welcher ihn wirklich entscheidet, und daß nicht eine andere Person, welche vielleicht anders entschieden hätte, die Richterstelle vertrat. Die Verbindlichkeit der Proceßkostenerstattung wäre somit wirklich vom Zufall, vom blinden Ungefähr abhängig, wenn sie jedem Uiberwundenen ohne Ausnahme obläge.

Das Recht selbst, worüber gestritten wird, ist freylich von diesem Zufall abhängig; aber bey Erwerbung, und beym Verlust von Rechten spielt immer der Zufall eine Rolle, die Freyheit ist es nicht allein, welche hierüber herrscht; aber wenn von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz, und somit auch von der Verbindlichkeit zur Proceßkostenerstattung die Rede ist: so kann man nicht den Zufall zur Quelle derselben erheben. Die Freyheit allein ist es, woraus die Verantwortlichkeit, und mit ihr die Verbindlichkeit zum Schadensersatz hergeleitet werden kann. Soweit also der Besiegte seinen Rechtsirrthum mit allem Fleiße, mit aller Anstrengung nicht vermeiden konnte: soweit ist er wegen des darüber

entstandenen Processes nicht verantwortlich, und zum Kostenersatz rechtlich nicht verbunden. *)

§. 17.

Woran soll man nun aber erkennen, ob das Unrecht des Besiegten von der Beschaffenheit sey, daß er es nicht habe einsehen können? Muß diese Frage nicht lediglich dem richterlichen Gutdünken anheim gestellt werden, und wird nicht dadurch der Willkür Thür und Thor geöffnet? **) Es wird sich bey der weitern Ausführung bald zeigen, daß sich wenigstens in vielen Fällen bestimmte Regeln aufstellen lassen, wornach der Kostenpunct entschieden werden kann, und daß diese Entscheidung nicht lediglich dem richterlichen Gutdünken anheim gegeben werden müsse. Allein nehmen wir einen Augenblick an, es gebe keine bestimmte Regeln, es müsse alles dem richterlichen Ermessen überlassen werden; dürfte man

---

*) In den Fällen, in welchen das Recht zweifelhaft ist, tragen auch gewöhnlich beide Partheyen gleiche Schuld daran, daß es zweifelhaft wurde. Wenn z. B. über die Auslegung eines Vertrags gestritten wird: so haben beide Partheyen miteinander die Schuld, daß sie den zweifelhaften Punct nicht näher, und allenfalls schriftlich bestimmt haben. Warum sollte eine Parthey diese Schuld allein büßen?

**) Die Furcht vor dieser Willkür scheint einen besondern Einfluß auf Webers Lehrmeinung gehabt zu haben. Vergl. die angezeigte Schrift.

darum das Recht mit dem Unrecht vertauschen, weil jenes nur nach Gutdünken, dieses aber nach Regeln realisirbar wäre? Hängt denn nicht oft die Hauptsache selbst vom richterlichen — oder wohl gar nur vom Ermessen weit weniger gebildeter Menschen ab, welche als Sachverständige gebraucht werden? Ich klage z. B. auf Aufhebung eines Kaufkontracts wegen Verletzung über die Hälfte, wegen Mangelhaftigkeit, oder Unbrauchbarkeit der Sache, u. s. w. Die Rechtfertigung meiner Klage hängt von dem Urtheil der Sachverständigen ab, und dieses Urtheil, was ist es anders, als Gutdünken, — ein Urtheil nach dem Gefühl? Oder ich klage auf Schadensersatz ex lege Aquilia. Es kommt darauf an, ob dem Beklagten ein Versehen zur Last falle. Wie soll der Richter dieses erkennen, wenn er nicht sein Gefühl urtheilen lassen soll? Es beruht die Frage in einem Processe, ob mir oder meinem Gegner der Eid zuerkannt werden soll, auf dem Grad der Wahrscheinlichkeit. Wodurch soll der Grad der Wahrscheinlichkeit beurtheilt werden, wenn es nicht mittelst des Gefühls geschehen soll?

Man gebe aber auch dem Richter die bestimmte Regel, wornach sein Verstand urtheilen soll, kann er darum das Urtheil des Gefühls entbehren? Keineswegs! Der Richter muß bey jedem Proceß, den er entscheiden soll, den einzelnen Fall beurtheilen; er muß bestimmen, ob der streitige Fall der im Gesetz entschiedene Fall A sey, oder nicht, und

diese Bestimmung ist nicht ohne Gefühlsurtheil — ohne Ermessen möglich. Das Einzelne, Bestimmte wird immer nur mit dem Gefühl aufgefaßt, der Verstand kann nur das Aufgefaßte weiter verarbeiten; denn er ist nur das Vermögen, Begriffe aufzustellen, den Stoff zum Begriff muß er dem Gefühl abborgen.

Könnte man aber auch die Function des Gefühls vom Richteramt ganz ausschliessen, und den Richter zur blossen Verstandesmaschine machen, was wäre damit gewonnen? Der Richter kann im Begriffe so leicht irren, als im Gefühle. Vielleicht kann er den Verstandesirrthum mittelst der Gesetze, mittelst allgemeiner Regeln leichter vermeiden, als den Irrthum des Gefühls; indessen gibt es auch Regeln, welche das Gefühl leiten, und das Gesetz muß hierauf sowohl als auf die Leitung des Verstandes berechnet seyn.

§. 18.

Was nun die Regeln betrifft, welche zur Entscheidung des Kostenpuncts dienen können: so muß zuvörderst unterschieden werden, ob der Besiegte auf den Grund, ihm vor Entwicklung des Processes unbekannter Thatsachen, deren Kenntniß ihm die Uiberzeugung von seinem Unrecht möglich gemacht hätte, oder auf den Grund eines blosen Rechtsirrthums den Proceß verlor.

A.) Im ersten Fall, wenn der Besiegte nur wegen mangelhafter Kenntniß des Thatbestandes sein Unrecht

nicht einsah, ist er auch in der Regel die Kosten zu erstatten schuldig, denn er konnte und mußte vor Angehung des Streites das factische Verhältniß genau untersuchen, und dann konnte es ihm nicht verborgen bleiben. Daß es auf ein fremdes Factum ankam, welches sein Gegner beweisen mußte *) kann ihn keineswegs entschuldigen, denn er wußte, daß ihm sein Gegner ein vermeintes Recht streitig mache, und nun mußte er sich doch bey demselben um die Ursache erkundigen, oder erkundigen lassen. Der geringste Grad von Fleiß und Aufmerksamkeit, ja selbst die Neugierde muß ihn dazu veranlassen. Kein ordentlicher Mensch wird ohne weiters klagen, oder seinen Gegner durch seine Weigerung zur Klage zwingen, wenn er blos dessen Anspruch oder Weigerung weiß; sondern er wird ihn fragen, oder fragen lassen, warum, aus welchen Gründen derselbe ein Recht fordert, oder verweigert, und nun muß er wohl, ist sein Gegner nicht selbst boshaft genug, ihm die nöthige Erläuterung zu versagen, von den demselben bekannten Thatsachen wenigstens soweit Kenntniß erhalten, daß ihm die genauere Erforschung möglich wird. Ich habe z. B. von jemand ein Kapital entlehnt, und wieder heimbezahlt. Mein Gläubiger stirbt, und sein Erbe, wel-

---

*) Webers fast einzige, aber wie mich dünkt, höchst unbillige Ausnahme von der Verbindlichkeit zum Kostenersatz.

cher nur von dem Anlehen, nicht aber von der Zahlung unterrichtet ist, verklagt mich, ohne mich vorher zur Zahlung aufzufordern. Hätte er letzteres gethan, ich würde ihm gesagt haben, daß ich schon bezahlt habe, und würde ihm auf Verlangen die Quittung gezeigt, oder die Zeugen nahmhaft gemacht haben, wodurch ich meinen Einwand beweisen kann. Wer ist zur Kostenerstattung verpflichtet, wenn es hier der auf den Grund einer ihm unbekannten vom Gegner erwiesenen Thatsache abgewiesene Kläger nicht ist?

Auch hier kann die gegentheilige Behauptung nur aus dem faßlichen Gesichtspunct der Individualität, auf welchem Mensch dem Menschen fremd, und die Freyheit unbekannt ist, begriffen werden.

Es ist somit Regel, daß factische Unwissenheit nicht entschuldigt. Indessen gibt es zwey Ausnahmen:

1.) Es ist nemlich denkbar, daß ein entscheidendes Factum vor Instruirung des Processes beiden Partheyen unbekannt war, wenn es z. B. der Richter aus den Acten an die Hand gegeben, oder erst die Zeugenaussagen darauf geführt haben. In diesem Falle sind beide Partheyen gleich unschuldig, die Kosten müssen compensirt werden.

2.) Die zweite Ausnahme wäre dann vorhanden, wenn der Sieger das ihm bekannte, und im Proceß erwiesene Factum, dem vor Anfang des Processes nachforschenden Gegner geflissentlich hinterhalten, oder verbor-

gen hätte. Der angeforderte Erbschaftsschuldner nach obigem Beyspiel gibt dem Erben gar keine, oder die unbefriedigende Antwort, er sey nichts schuldig, er soll ihn nur verklagen, er werde sich schon zu vertheidigen wissen, u. s. w. In diesem Fall ist aber nicht blos der Besiegte von der Kostenerstattung frey, sondern es muß sie, wie schon bemerkt worden, der Sieger ihm erstatten, denn er hat muthwillig den Proceß verursacht.

§. 19.

B.) Wenn der Besiegte sein Unrecht aus bloser Rechtsunwissenheit nicht erkannte: so ist es zwar schwieriger, Regeln aufzustellen, wornach beurtheilt werden könnte, ob diese Unwissenheit durch Fleiß und Anstrengung nicht zu überwinden war. Allein unmöglich sind sie auch hier nicht.

1.) Die erste, häufig anwendbare, und zuverlässige Regel ist: wenn mehrere Richter Einer, oder mehrerer Instanzen verschiedener Meinung sind, müssen die Kosten compensirt werden. Wenn eine Richterperson, die zur Entscheidung des Rechts aufgestellt, und mit gehöriger Rechtskenntniß versehen ist, für den durch Stimmenmehrheit Besiegten gestimmt hat, ist es erwiesen, daß er sein Unrecht nicht einsehen konnte; denn er selbst kann unmöglich das Recht besser kennen, als der für ihn stimmende Richter, fremde Rathserholungen aber mußten eben so verschieden ausfallen, als die Stimmen der

Richterpersonen. Es ist hier sogar der schon im § 16 auseinandergesetzte Fall vorhanden, in welchem es mehr oder weniger ungewiß ist, und bleibt, ob der Besiegte, oder der Richter mit dem Sieger im Irrthum befangen sey. Höchstens könnte der positive Gesetzgeber, wenn er es streng nähme, die Ausnahme festsetzen, daß bey einem zahlreichen Collegium die abweichende Stimme eines Einzigen, oder verhältnißmäßig ganz unbedeutend weniger Mitglieder nicht geachtet werden sollte. Wenn z. B. in einem Collegium von zwanzig bis dreißig Mitgliedern alle bis auf eines, oder zwey einig darüber wären, daß das Recht klar vorliege, so könnte angenommen werden, daß auch der Besiegte, wenn er sich bey Verständigen fleissig Raths erholt hätte, fast überall nur Eine Stimme über sein Unrecht gehört haben würde, und somit sich davon hätte überzeugen können. Diese Ausnahme dürfte aber nicht auf Bagatellsachen, und auf die bey Untergerichten, wo in der Nähe wenige, oder keine Rechtsverständige wohnen, verhandelte Processe ausgedehnt werden, weil man in solchen Fällen den Partheyen vernünftigerweise nicht zumuthen kann, erst weit in der Welt herumzulaufen, ehe sie ihre Streitsache dem Richter anheim geben.

Obschon übrigens die aufgestellte Regel in beiden Fällen, wenn nemlich entweder mehrere Richterpersonen Einer Instanz, oder die Richter mehrerer Instanzen verschiedener Meinung sind, ihre Anwendung findet, so ist

doch hierunter der Fall nicht begriffen, wenn ein Urtheil in der höhern Instanz auf den Grund neuer Thatsachen reformirt wird. *) In diesem Falle kann es sich finden, daß die Parthey, welche in der vorigen Instanz, weil das wahre factische Verhältniß nicht bekannt war, siegte, oder wenigstens mit dem Kostenersatz verschont war, offenbar Unrecht habe, sie kann also noch in die Kosten der Hauptsache verurtheilt werden. Diejenigen Kosten aber, welche dadurch veranlaßt werden, daß das wahre Verhältniß zu spät angegeben wurde, müssen als Contumacialkosten, wovon unten das Mehrere vorkommen wird, ausgeschieden, und derjenigen Parthey zugewiesen werden, welche die Verspätung verschuldet hat. Das nemliche gilt bey Restitutionsprocessen. Wenn ich z. B. ein Kapital, welches mein Erblasser schuldig war, aber bezahlt hatte, nochmal zu bezahlen verurtheilt wurde, weil ich die Zahlung nicht beweisen konnte, nun aber eine Quittung auffinde, und auf den Grund derselben in höherer Instanz, oder im Restitutionsproceß siege: so muß mir mein Gegner die Kosten voriger Instanz oder des vorigen Processes ohne Zweifel ersetzen, insoferne er die Zahlung wußte, oder wissen konnte, die Kosten der

*) Nach meiner Idee eines gutgeordneten Processes, sollten aber in der höhern Instanz keine Nova zugelassen werden. Vergl. meine Grundlinien einer vernünftigen Gesetzgebung für den Civilproceß. Nürnb. b. Campe 1810.

zweiten Instanz oder des Restitutionsprocesses aber kann ich nicht ersetzt verlangen, insoferne ich bey größerm Fleiß das Document früher hätte finden können, vielmehr muß ich die Kosten dem Gegner ersetzen, wenn er in schuldloser Unwissenheit war, welche ich bey größerem Fleiß durch Auffindung des Documents früher hätte beseitigen können.

§. 20.

2.) Wenn der Besiegte keine Stimme erhalten hat, weil entweder der Richter aus einer Person besteht, oder weil in einem Collegium einstimmig entschieden wurde: so kommt es darauf an, ob derselbe sein Unrecht blos darum nicht einsah, weil er ein bestimmtes, und klares Gesetz nicht kannte, oder ob das Gesetz dunkel, ob es zweifelhaft gewesen, welches von mehrern Gesetzen auf den streitigen Fall anzuwenden sey, ob gar kein passendes Gesetz vorhanden war, sondern nach der Analogie entschieden werden mußte.

a.) Im ersten Fall, wenn der Besiegte blos wegen Unkenntniß eines klaren Gesetzes sein Unrecht nicht einsah, ist er die Kosten zu ersetzen schuldig. Denn er konnte sich bey Rechtsverständigen erkundigen, und das Gesetz kennen lernen, und dann hätte er sein Unrecht eingesehen. Er durfte dieses um so weniger unterlassen, weil er wußte, daß er durch ungerechtes Processiren seinem Gegner einen ungerechten Schaden zufügen würde, und daß er

jede mit Freyheit vermeidliche Beschädigung vermeiden müße.

Indessen dürfte die Gesetzgebungspolitik hier drei Ausnahmen festsetzen, und die Kostencompensation für zulässig erklären, wenn nemlich

α) der Kläger wegen Gefahr im Verzug seine Klage nicht aufschieben durfte, und sich folglich vorher genau zu erkundigen nicht Zeit hatte, insoferne er nemlich eine Person ist, welcher nicht selbst die Kenntniß der Gesetze zugemuthet werden kann. Diese Ausnahme leidet um so weniger einen Anstand, als sie mit der folgenden dritten, welche das Recht selbst gebietet, großentheils zusammenfällt.

β) Wenn rechtsunkundige Partheyen über Bagatellsachen, bey Untergerichten, wo keine Rechtsverständige in der Nähe sind, Proceß führen, so muß es genügen, wenn sie die verständigsten Männer aus ihrem Stande, und in der Nähe um Rath gefragt haben. Konnte der Besiegte von diesen nicht über sein Unrecht belehrt werden; so muß man ihn als schuldlos annehmen, wenn man die Freyheit, richterlichen Schutz nachzusuchen nicht gar zu sehr beschränken will.

γ) Die dritte, aber nothwendige Ausnahme ist die: wenn der Besiegte Kläger war, und das factische Verhältniß, soweit er es wissen kann, schon vollständig in der Klage angegeben hat; so ist er wegen seiner Rechtsunwissenheit, wenn er blos darum den Proceß ver-

liert, entschuldigt, sobald der Richter die Klage angenommen hat. Denn er konnte sich darauf verlassen, daß, wenn sein Unrecht dem Rechtskenner klar wäre, der Richter die Klage nicht annehmen, sondern sofort abweisen würde. Mittelst Einreichung der Klage hat er den Richter selbst durch die That um Rath gefragt, ob ihm auf den Grund der angegebenen Thatsachen das vermeintliche Recht zustehe? und durch die Annahme der Klage hat der Richter mit Ja, oder wenigstens soviel entschieden, daß es zweifelhaft sey. Auf diese Autorität konnte sich der angehende Kläger mehr, als auf den Rath anderer Rechtsgelehrten verlassen, und er würde höchstens in dem Fall dem Gegner für die Kosten — aber mit dem Richter in ungetheilter Gemeinschaft (in solidum) verhaftet seyn, wenn er eine offenbar ungegründete Klage wider besseres Wissen eingereicht, und sie der Richter aus grober Nachlässigkeit angenommen, und vielleicht ohne sie zu lesen, einen Proceß darüber eingeleitet hatte. Das Nähere hierüber in Bezug auf die Verbindlichkeit des Richters wird weiter unten vorkommen.

§. 21.

b.) Im zweiten Fall, wenn der Besiegte aus Mangel an richtiger Beurtheilung des Rechtsfalles, oder des darauf anzuwendenden Gesetzes, nicht aber aus Mangel an Kenntniß der zum Urtheilen erforderlichen Requisite sein Unrecht nicht einsah, ist er nur dann unbedingt

zu entschuldigen, wenn die Sache von einer streitigen Rechtsfrage abhieng, und der Richter wohl weiß, daß in andern Gerichten die gegentheilige Meinung zur Richtschnur angenommen seyn könne; denn alsdann ist es gewiß, daß der Besiegte um so mehrere widersprechende Meinungen gehört haben werde, je mehrere Rechtsverständige er um Rath gefragt hat; und überhaupt bleibt es hier, wie beym verschiedenen Urtheilen verschiedener Richter, objectiv ungewiß, wer die richtige Meinung habe. Der entscheidende Richter mag subjectiv noch so sehr von der Richtigkeit seiner Meinung überzeugt seyn, so weiß er doch, daß Andere anderer Meinung sind, und daß somit der Besiegte vor einem andern Richter den Proceß hätte gewinnen können.

Hängt aber die Sache auch nicht von einer streitigen Rechtsfrage ab: so muß die Frage: ob das Recht so klar sey, daß es der Besiegte bey gehöriger Kenntniß des Factums, und des Gesetzes wohl hätte einsehen, oder sich wenigstens darüber hätte belehren lassen können, lediglich dem richterlichen Ermessen anheim gegeben werden. Die Klarheit des Rechts ist freylich ein relativer Begriff, welcher lediglich durch das Gefühl formirt wird; allein wie häufig der Richter auch in der Hauptsache nach Gefühl urtheilen müße, ist schon vorgekommen, und in Frankreich ist sogar die Cassation eines Urtheils durch den relativen Begriff des klaren Rechts bedingt.

Um die richterliche Willkür auszuschliessen, blieb der einzige Ausweg übrig, daß man wie beym französischen Criminalproceß, ein Gericht von Geschwornen aus den verständigsten und rechtlichen Männern desjenigen Standes, wozu der Besiegte gehört, niedersetzte, und sie über die Frage, ob derselbe, die Kenntniß des Thatbestandes, und der treffenden Gesetze vorausgesetzt, nicht im Stande gewesen, sich von seinem Unrecht zu überzeugen, urtheilen ließe. Allein dieses Urtheil kann der Richter so gut, als Andere fällen; er gehört zu der gebildeten Klasse im Staat, und sein Gefühl ist durch Bildung und Erfahrung fähig gemacht, richtiger und feiner zu urtheilen, als das Gefühl eines Mindergebildeten. Ist vollends das Gericht mit mehreren Richterpersonen besetzt, so wird auch hier die Stimmenmehrheit der Wahrheit am nächsten kommen.

Was die Consilia, und Responsa der Rechtsgelehrten betrifft, welche etwa der Besiegte für sich hat: so können sie wohl dem Richter als Hülfsmittel bey Schöpfung seines Urtheils dienen; allein zur Richtschnur kann er sie darum nicht gelten lassen, weil sie nur als aussergerichtliche, nicht einmal auf den Grund des im Processe ausgemittelten Thatbestandes abgegebene Gutachten anzusehen sind. Widersprechende Präjudicien der Gerichte aber können den Beweiß enthalten, daß eine Rechtsfrage streitig sey, insoferne sie nicht in der indivi-

duellen Verschiedenheit mehrerer Rechtsfälle ihren Grund haben; sie gehören somit unter die schon angegebene Regel von streitigen Rechtsfragen.

§. 22.

Wenn übrigens von dem Recht, oder Unrecht die Rede ist, welches der Besiegte hätte einsehen sollen: so darf hierunter nicht das wirkliche Recht an sich, sondern nur das vor die Schranken des irdischen Richters geeignete — das in der Sinnenwelt realisirbare Recht verstanden werden. So weiß ich z. B. wohl, daß ich an sich Recht habe, wenn ich auf Heimbezahlung eines Kapitals belangt werde, — welches ich schon heimbezahlt habe. Wenn ich aber die Zahlung nicht beweisen kann, so muß ich es eben so wohl einsehen, daß ich vor dem irdischen Richter nicht Recht haben kann, sondern den Proceß verlieren muß. Aus diesem Grunde beantwortet sich auch die Frage: ob nicht dann, wenn auf den Grund eines geleisteten Eides entschieden wird, die Kosten compensirt werden dürfen? Sie muß hiernach verneint werden; *) denn insoferne ich es voraus wissen konnte, daß ich die Sache dem Eid meines Gegners anheim geben müße, konnte ich auch wissen, daß ich den Proceß verlieren würde. Zwar wußte ich vielleicht nicht, ob mein

*) Hierüber bin ich mit Weber einverstanden.

Gegner wirklich gewissenlos genug seyn würde, um den Eid zu schwören; allein einestheils hätte ich dieses mit ziemlicher Gewißheit erfahren können, wenn ich die nöthige Erkundigung von ihm eingezogen hätte, er würde mir voraus gesagt haben, daß er zu schwören bereit sey, wenn ich es darauf ankommen lassen wolle, anderntheils aber kann ich hier, wo ich auch meinen Gegner zum Richter in seiner eigenen Sache mache, oder voraussetzlich dazu machen muß, alles nur auf meine Gefahr wagen. Mit der aussergerichtlichen Erklärung meines Gegners, daß er mir ein Recht nicht zugestehe, nicht zufrieden, konnte ich ihn wohl zur gerichtlich eidlichen Erklärung zwingen, aber ich muß ihm auch die Kosten, welche ich ihm dadurch verursacht habe, ersetzen, weil ich sie geflissentlich verursacht habe. Hier kann ich mich nicht damit entschuldigen, daß ich das Recht meines Gegners nicht gekannt habe, denn ich kannte es, weil ich wußte, daß es ihm zustehe, so bald er es haben wolle, da die Eidesleistung von seinem Willen abhängt. Ich wollte ihm nur zur Aufgebung seines Rechts veranlassen; da mir meine Absicht nicht gelang, muß ich ihm den Schaden ersetzen, den ich durch meinen gethanen Schritt verursachte. Es kommt nicht weiter darauf an, daß dasselbe nur ein äusserliches Recht ist, denn das innere ist in der Sinnenwelt nicht erkennbar, und kann somit nicht in Betrachtung kommen.

§. 23.

II. Proceßkosten nach ihren Classificationen betrachtet.

Nur diejenigen Kosten, welche sich als unmittelbare Folge der Schuld des Besiegten darstellen, eignen sich zum Ersatze. Was durch meine Schuld nur mittelbar, weil die Schuld eines Dritten inzwischen trat, veranlaßt wird, habe ich nicht zu vertreten, wenn gleich jene Schuld des Dritten ohne meine Schuld nicht entstanden wäre. So kann ich z. B. muthwillig einen Proceß verschulden, aber mein Gegner kann an Verzögerung des Processes schuld seyn. Bin ich gleich die Proceßkosten im Ganzen zu erstatten schuldig, und wäre gleich die Proceßverzögerung, ohne den von mir verschuldeten Proceß nicht entstanden: so muß doch mein Gegner, welcher an der Verzögerung schuld ist, die dadurch verursachten Kosten allein auf sich nehmen, denn ich bin hieran unschuldig. Meine Schuld macht es dem Gegner nur möglich, daß auch er sich mit einer Schuld beladen konnte, und wäre ich hiefür verantwortlich, so würde die Verantwortlichkeit ins Unendliche gehen. Der Verbrecher, welcher durch sein Beyspiel einen Andern zum Verbrechen gereizt hat, würde nicht nur dieses Verbrechen des Andern, sondern auch alle Verbrechen des Dritten, und Vierten u. s. f. welche durch jenes veranlaßt waren, vertreten müssen. Ja Gott selbst würde sich dadurch eine Verantwortlichkeit zu-

gezogen haben, daß er es dem Menschen möglich machte, Verbrechen zu begehen.

Es entsteht nun die Frage, welche Proceßkosten im Allgemeinen sich als unmittelbare Folge der Schuld des Besiegten darstellen?

Die Proceßkosten lassen sich auf drey Klassen zurückbringen. Die Partheyen haben nemlich

A.) Kosten für ihre eigene Person aufzuwenden.

B.) Sie haben fremden Beystand, und

C.) Gerichtskosten zu bezahlen.

A.) Die erste Klasse zerfällt in zwey Abtheilungen, die Kosten sind nemlich

1) entweder von der Art, daß sie jede Parthey ohne Rücksicht auf ihre Individualität ohne Rücksicht auf ihre Kenntniß, und Fähigkeit aufwenden muß, — Kosten für Reisen an den Ort des Gerichts, Zeugengebühren;

2) oder sie sind nur individuell nöthig, weil ein bestimmtes Individuum sich erst über den Streit, und die Möglichkeit zu siegen, unterrichten muß. Es muß sich z. B. erst bey Dritten, welche das Factum, oder Gesetz besser kennen, erkundigen, muß deßhalb Briefe wechseln, Reisen machen, sein Geschäft versäumen, oder durch Andere besorgen lassen rc.

Zu 1) Was die erste Abtheilung anbetrifft, so ist es kein Zweifel, daß der Sieger die Erstattung der hieher

gehörigen Kosten fordern könne, insoferne der Besiegte überhaupt zur Kostenerstattung verpflichtet ist; denn sie sind eine nothwendige Folge des vom Gegner verschuldeten Processes. Allein

Zu 2.) die Kosten der zweiten Abtheilung ist der Besiegte zu erstatten nicht schuldig, denn er ist nicht schuld daran, daß sich sein Gegner zur Vertheidigung wider den ungerechten Angriff, oder zum Angriff gegen die ungerechte Vertheidigung erst fähig machen muß. So gut sich der Besiegte erst genau hätte unterrichten sollen, ehe er den Proceß anfieng, und durch Nachlässigkeit hierin fehlte: eben so wohl würde auch sein Gegner fehlen, wenn er es ohne die nöthige Umsicht auf den Proceß ankommen ließe. Zur Vermeidung dieses Fehlers ist ihm der Gegner keine Kosten herzugeben schuldig. Es ist Folge seiner individuellen Beschränktheit, daß er sich erst unterrichten muß, und die Erwerbung des eigenen Unterrichts kann Niemand von Andern bezahlt verlangen. Hätte er auch diesen Unterricht, ohne die Dazwischenkunft eines widerrechtlichen Factums des Dritten nicht nöthig gehabt, so macht dieses doch keinen Unterschied; es ist und bleibt lediglich Vervollkommnung seiner eigenen Individualität, wozu ihn der Dritte durch sein widerrechtliches Factum gezwungen hat. Wenn ich z. B. einen des Fechtens Unerfahrnen ungerechter Weise zum Zweykampf herausfordere, so darf ich ihm doch wohl, wenn er erst Unterricht in der Fechtkunst

nimmt, das Lehrgeld nicht ersetzen, obschon er vielleicht diesen Aufwand ohne meinen ungerechten Angriff nicht nöthig gehabt hätte. Es ist sein eigener Vortheil, daß er sich eine Vollkommenheit mehr erworben hat; und eben so ist es für den Sieger nicht blos ein vorübergehendes nothwendiges Mittel zum Siege, wenn er sich über die Gesetze, und sein Rechtsverhältniß unterrichten läßt, sondern er erwirbt sich dadurch eine Vollkommenheit mehr für seine Person, und er mußte ohnehin nach dieser Vollkommenheit, welche ihm auch für die Zukunft nützt, soviel möglich streben.

§. 24.

B.) Die Kosten für fremden Beystand sind entweder

1.) Belohnungen derjenigen, von welchen man zu einer Vorbereitung Erkundigung über das Factum oder Gesetz erhält, oder

2.) Belohnungen derjenigen, die man beym Proceß unmittelbar als Gehülfen gebraucht, — Advocatengebühren.

Zu 1.) Daß die erste Art der unter diese Klasse gehörigen Ausgaben sich nicht zum Ersatz eigne, ist nach dem, was eben vorkam, ausser Zweifel; sie sind von den übrigen Kosten, welche man für sich selbst, in Bezug auf Information verwendet, nicht verschieden.

Zu 2.) Was dagegen die Advocatengebühren anbelangt, so erscheinen sie

a) nur insoferne als eine nothwendige Ausgabe im Processe, inwieferne positive Gesetze den schriftlichen Proceß erfordern, und insoferne ist es auch wenigstens im Allgemeinen kein Zweifel, daß sie dem Sieger erstattet werden müssen. Allein

b) in rationeller Beziehung sind die Advocaten nicht nothwendig, und ihre Belohnung ist somit keine nothwendige Ausgabe, welche ersetzt werden müßte. Es steht jeder Parthey frey, ob sie sich diese Ausgabe machen will.

Die Dienste des Advocaten, welche er seiner Parthey zu leisten hat, beziehen sich theils auf ihre eigene Information, theils auf die Information des Richters. Der Laye in der Rechtswissenschaft, welcher selten weiß, worauf es im Proceß ankommen möchte, läuft mit einigen Fragmenten der Geschichte, welche im Proceß entwickelt werden muß, im Kopfe zum Advocaten, bringt sein Anliegen, und jene Fragmente vor. Der Advocat fragt nun, um die Lücken auszufüllen, wodurch diese oder jene Thatsache veranlaßt worden, was vorhergegangen, was darauf erfolgt sey. Er forscht nach den nähern Umständen, und wo der Client nicht Auskunft geben kann, giebt er ihm die Anleitung, nähere Erkundigungen einzuziehen. Veranlaßt durch ihren Advocaten wird die Parthey auf diese Art alles, was sie beym Processe zu wissen

braucht, kennen lernen. Weiß sie nun aber auch alles, was sie wissen soll: so kann sie doch dasselbe nicht zusammenhängend, und deutlich vortragen. Der Advocat vertritt also auch bey Gericht ihre Stelle, und hält die Vorträge zur Information des Richters.

Allein die Parthey wende sich mit ihren Fragmenten unmittelbar an den Richter, es wird sich für sie kein Unterschied ergeben. Auch der Richter muß sie ausfragen, um sich mit ihr zu verständigen. Auch er kann sich nicht mit Fragmenten begnügen, sondern bedarf einer zusammenhängenden vollständigen Geschichte zu seiner Information. Er wird aber die Parthey, wo sie nicht Auskunft geben kann, ebenfalls zur nähern Nachforschung anweisen, und die mangelnde Form des theils eigenbeweglichen theils durch geeignete Fragen veranlaßten Vortrags ergänzen, indem er das Factum nothwendig als ein zusammenhängendes Ganzes auffaßt. Wie der Advocat sich mit der Parthey verständigt, so wird sich mit ihr der Richter verständigen, und — Richter und Advocaten gleich geschickt, und gleich Wahrheitsliebend vorausgesetzt, läuft der ganze durch den Advokaten gewonnene Vortheil darauf hinaus, daß er dem Richter das Verständniß der Parthey erleichtert. *)

*) Umständlicher, als es hier geschehen kann, glaube ich dieses ausgeführt zu haben in meinen Grundlinien einer vernünftigen Civilproceßgebung.

Soll nun aber nicht wenigstens diese Erleichterung der richterlichen Mühe und Arbeit auf Unrechtskosten geschehen dürfen? Die Bejahung dieser Frage leidet insoferne keinen Anstand, inwieferne das Richteramt bezahlt — Sporteln gerechnet werden sollen, und dürfen. Die Advocatengebühren müssen also in dem Fall ersetzt werden, in welchen Sporteln passiren, aber auch hier nur insoferne, als durch die Beyhülfe des Advocaten die richterliche Arbeit, und mit ihr die Sporteln vermindert worden. Es wird also für jede Proceßschrift nur soviel aufgerechnet werden dürfen, als das gerichtliche Protocoll, wenn der Vortrag mündlich gewesen wäre, gekostet haben würde. In welchen Fällen aber die richterliche Arbeit bezahlt, und Sporteln gerechnet werden dürfen, und sollen, dieses ist Gegenstand unserer weitern Untersuchung.

§. 25.

C.) Gerichtskosten — Sporteln.

Die Gerichtskosten, sie mögen für die Staatskasse verrechnet, oder unmittelbar von dem Richter als Besoldungstheil bezogen werden, sind eine Art indirecter Steuer, oder Staatsabgabe; denn sie werden ohne Rücksicht auf Schuld, oder Unschuld der Partheyen gefordert, und nach dem Streit und Streitgegenstand, nicht aber nach dem bösen Willen bemessen. Sie können somit, da nur letzterer der Strafe unterliegt, nicht als

Strafe betrachtet werden, wiewohl sie den Nebenzweck, die Proceßsucht zu beschränken, in sich fassen. Auch wird sie der Staat, oder in seinem Namen der Richter, wenn sie Strafe wären, nur unmittelbar vom Strafbaren fordern können, und es könnte von einem Ersatz durch die Gegenparthey keine Rede seyn.

In der Eigenschaft einer indirekten Staatsabgabe erscheinen nun zwar die Sporteln als eine nothwendige Proceßausgabe; wer den Proceß verschuldet hat, hat auch diese Ausgabe verschuldet, und er muß sie somit dem Gegner, welcher sie ohne seine Schuld nicht gehabt hätte, ersetzen. Allein wir müssen doch die Natur dieser indirekten Abgabe näher untersuchen, um den Grund der Nothwendigkeit, und der daraus entspringenden Ersatzverbindlichkeit einzusehen.

Der Mensch ist, wie oben vorgekommen, Individuum, und Mitmensch zugleich. Auf dem Standpunct der Individualität ist kein nothwendiger Staatsverband denkbar, sondern der Staat erscheint hier als eine freywillige Gesellschaft. Aber das Individuum, als solches, geht diese Gesellschaft nur zu seinem eigenen Besten ein, und er ist nur diejenigen Lasten der Gesellschaft mitzutragen schuldig, welche unmittelbar zu seinem Besten nöthig sind, denn seine Verbindlichkeit gründet sich in seinem freyen Willen, in dem Vertrag. Hiernach ist denn der Staat auch nur allgemeine Ausgaben von allgemeinen Auflagen zu be-

streiten berechtigt, alle Anstalten, welche nur den Einzelnen nützen, muß der Einzelne bezahlen. Wollte mir der Staat einen Steuerbeytrag zur Unterhaltung der Justizanstalt abfordern, so würde ich — als Individuum mit Recht einwenden, daß mich diese Anstalt, solange ich mit Jedermann im Frieden lebe, und keines Richters bedarf, nichts angehe, und daß ich dem Richter, wenn ich allenfalls einmal seiner Dienste benöthigt seyn sollte, seine für mich zu verwendende Mühe, und Arbeit schon bezahlen würde, seine Dienste aber, welche ein Anderer von ihm nöthig hat, nicht zu belohnen brauche. Ich würde von dem Staate nur die Fürsorge fordern, daß immer ein Richter bereit sey, den derjenige, der seiner benöthigt ist, angehen könne — gerade so, wie auch Aerzte, Künstler, und selbst die gemeinsten Handwerker vorhanden seyn müssen, damit sich jeder bedürfenden Falls an sie wenden, und seinem Bedürfniß abhelfen könne. Aber wie ich den Arzt, den Künstler, und Handwerker nur dann, und nur insoferne bezahle, wann, und in wieferne ich, nicht aber meine Mitmenschen ihrer benöthigt sind, gerade so würde ich auch den Richter nur dann und insoweit bezahlen, und zu seiner Unterhaltung beytragen, wann und inwieferne ich seiner Dienste, und Hülfe bedarf.

Hiernach müssen also die Partheyen den Richter unterhalten. Die Sporteln sind eine für ihr individuelles Bedürfniß nothwendige Ausgabe — nothwendig mit dem

Proceß verbunden. Der Staat besoldet den Richter nicht unmittelbar, sondern die Individuen, welche des Richteramts bedürfen, bestreiten den hiezu nöthigen Aufwand. Der Staat verrechnet nur diesen Aufwand, denn das Richteramt ist Privatanstalt unter der Aufsicht des Staats, welcher selbst nur Privatanstalt — freywillige Gesellschaft ist.

§. 26.

Auf dem Standpunct der Menscheneinheit ist, wie wir oben sahen, gerade alles umgekehrt. Hier kommt der Einzelne nicht in Betracht, alles ist gemeinschaftlich, alle Ausgaben müssen daher auch gemeinschaftlich bestritten werden. Es ist hiernach keine indirekte Steuer zulässig, deren wesentliches Merkmal darinn bestände, daß der Einzelne die Staatsausgabe bestreite, welche nur durch sein Bedürfniß nöthig wird. Der Richter muß somit unmittelbar vom Staate besoldet, und die Justiz unentgeltlich ertheilt werden.

So wie nun der Grenzpunct zwischen Individualität, und Universalität der Menschen die Freyheit ist, so ist sie auch hier der Grenzpunct zwischen direkter, und indirekter Steuer. Staatsausgaben, welche durch den verschiedenen Freyheitsgebrauch der Individuen nöthig werden, müssen von den treffenden Individuen getragen, und somit durch indirekte Abgaben gedeckt werden. Staatsausgaben aber, welche ohne Rück-

sicht auf willkürlichen Freyheitsgebrauch der einzelnen Bürger gemacht werden müssen, sind von der allgemeinen Steuer zu bestreiten. So z. B. muß der ganze Aufwand des Staats zur äussern, und innern Vertheidigung auf gemeinschaftliche Kosten aller Staatsbürger geschehen; der Aufwand für den Strassenbau aber ist — zwar nicht ganz, denn der Staat bedarf der Strassen auch unmittelbar, — aber doch zum Theil durch ein Weggeld zu decken, welches diejenigen bezahlen, die die Strasse für sich benützen. Nehme ich an dem Vortheil, den etwa der Handel davon hat, indirekten Antheil, so zahle ich auch indirekte meinen Antheil an dem Weggeld, denn der Handelsmann schlägt es auf die Waare. Aber es wäre ungerecht, wenn ich den Weg zum leichtern Transport irgend eines Handelsartikels bahnen helfen müßte, den ich nicht genieße, und den Andere ebenfalls entbehren können, wenn sie wollen. Warum sollte ich z. B. die Strassen repariren helfen, insoweit sie durch den Transport von Caffee verdorben wird, wenn ich keinen Caffee trinke? Würden ihm alle meine Mitbürger so wie ich meiden, so würde die Chaussee um soviel weniger befahren, und verdorben. Muß ich also alle Chausseebaukosten mittragen: so muß ich sogar an den Transportkosten des Caffees zahlen, den Andere trinken.

Eben so verhält es sich mit der Justizpflege. Würde jeder Staatsbürger seine Freyheit vollständig benützen,

und nicht nur muthwillige Streitigkeiten vermeiden, sondern auch die Vorsicht, und den Fleiß zur Abwendung dunkeler Rechtsverhältnisse anwenden, welche er anwenden könnte, und sollte: so würden die Processe vielleicht um die Hälfte vermindert werden. Der Staat hätte — mit der Hälfte des beym Richteramt angestellten Personals ausreichend — nur den halben Kostenaufwand für die Justizpflege nöthig. Warum soll ich die andere Hälfte mittragen, welche blos durch den Muthwillen, oder die Nachlässigkeit meiner Mitbürger nöthig wird?

Hieraus entspringt nun die rechtlich nothwendige Folge, daß die Justizpflege, dann, wenn beide Partheyen unschuldig sind — wenn sie den Proceß mit Freyheit nicht vermeiden konnten, unentgeltlich, im entgegengesetzten Fall aber nur auf Kosten der Schuldigen ertheilt werden müsse. Im ersten Fall müssen, wie oben gezeigt wurde, die Kosten compensirt werden, wo also die Kostencompensation eintritt, finden keine Sporteln Staat, insoferne sie nemlich nicht wegen gleicher Schuldhaftigkeit beider Theile, sondern darum eintritt, weil beide unschuldig sind. Denn im Verhältniß unter sich können beide Partheyen am Processe unschuldig, im Verhältniß zum Staat aber können sie beide schuldig seyn. Wenn z. B. über die Auslegung eines dunkeln Vertragsartikels gestritten wird, so ist es wohl möglich, daß die Partheyen die richtige Auslegung, welche der Richter nur vermittelst förmlichen Rechts bestim-

men muß, nicht einsehen konnten; aber sie hätten die Dunkelheit ihres Rechtsverhältnisses vermeiden können, wenn sie ihre Vertragsbedingnisse mit mehr Fleiß und Vorsicht — allenfalls schriftlich eingegangen hätten. In diesem Falle müssen also, der Kostencompensation ungeachtet, Sporteln gerechnet werden, denn die Partheyen hätten die Behelligung des Richters — die Zweifelhaftigkeit ihres Rechtsverhältnisses, welches nun, nachdem es einmal da ist, nur durch den Richter entschieden werden kann, vermeiden können. Wo aber das Rechtsverhältniß ohne die Schuld der Partheyen dunkel und verworren wurde, so daß es nur durch den Richter bestimmt werden kann, da findet die indirekte Abgabe der Sporteln keine Anwendung.

Daß übrigens das Quantum dieser Abgabe, um es mit dem durch Partheyenschuld nöthig gemachten Kostenaufwand auf die Justizpflege ins gehörige Verhältniß zu setzen, nur nach Gutdünken — durch Schatzung wie alle indirekte Auflagen, vom Gesetzgeber bestimmt werden könne, versteht sich von selbst — geht uns aber hier nicht weiter an.

§. 27.

III. Einzelne, durch Proceßerweiterung entstehende Kosten.

In einem jeden Proceß ist das zu entwickelnde Factum ein bestimmtes, und die Zahl und Größe der proces-

sualischen Verhandlungen ist durch die Entwicklung seines Factums bedingt. Es sollte streng genommen nicht ein Buchstabe mehr oder weniger in einem Proceß geschrieben oder gesprochen werden, als gerade durch die bestimmte Verwickelung, und Dunkelheit des Rechtsverhältnisses, worüber gestritten wird, nothwendig gemacht ist. Ein jeder Proceß kann somit nur eine bestimmte Summe an Kosten zur Folge haben, und nur diese bestimmte Summe hat der Besiegte verschuldet, insoferne er den Proceß wegen Nachlässigkeit in der Erkennung seines Unrechts verschuldet hat.

Erwachsen mehrere Kosten aus einem Processe, als nach seiner Natur und Bedeutenheit nothwendig sind: so ist dieses nur durch eine Erweiterung des Processes möglich, und die dadurch gehäuften Kosten ist der Besiegte als solcher keineswegs zu erstatten schuldig, indem, wie schon oben gezeigt worden, jeder Mensch nur die unmittelbaren Folgen seiner Handlung zu vertreten hat. Diese gehäuften Kosten müssen, als auf einem besondern Grund berechnet, ausgeschieden, und nach diesem besondern Grund beurtheilt werden.

Die Erweiterung des Processes über seine natürliche Grenze, und die dadurch entstehende Kostenhäufung kann nun entweder

1) durch die Partheyen, oder

2) durch den Richter veranlaßt werden.

Zu 1.) Hieher gehören die sogenannten Contumacialkosten, welche entweder durch Nichtbefolgung rich-

terlicher Auflagen — durch Versäumung der Termine, u. s. w. oder durch verspätete Angabe von Thatsachen und Beweißmitteln entstehen. Diese Kosten erstattet nicht die unterliegende Parthey als solche, sondern diejenige, welche sich die Versäumung oder Verspätung zu Schulden kommen ließ. Es wird aber auch hier, wie hinsichtlich der verspäteten Angabe von Thatsachen und Beweißmitteln schon oben erinnert wurde, eine wirkliche Verschuldung erfordert. Wenn z. B. eine Parthey durch ein unvorgesehenes schnelles Unglück an der Abwartung eines Termins verhindert wurde, und die Verlegung nicht zeitig genug mehr nachsuchen, auch keinen Bevollmächtigten mehr instruiren, und abordnen, wenn sie selbst die Gegenparthey nicht mehr von der nothwendig bevorstehenden Frustration des Termins benachrichtigen konnte: so ist sie entschuldigt, und erstattet weder Reise- noch Gerichtskosten an die Gegenparthey, denn über die Grenze der Freyheit reicht keine Verantwortlichkeit. Die vermehrten Kosten des Processes erscheinen hier als nothwendige, und jeder muß das ihm nothwendig treffende Unglück tragen. Es ist hier nicht die unmittelbar von einem Hinderniß befallene Parthey allein diejenige, welche von dem Unglück betroffen wurde, und man kann nicht aus dem Satze: casum sentit dominus, folgern, daß er die Kosten ersetzen müsse, denn die gegentheiligen Kosten, z. B. die Kosten der vergeblichen Reise, haben ja nicht ihn, sondern seinen Gegner getroffen.

Wenn jener Handlanger vom Dache herunter stürzte, und zu seinem Glück im Falle einen Vorbeygehenden erschlug, dadurch selbst aber gerettet ward: so wird Niemand behaupten, daß er den Schaden vergüten müsse, weil das Unglück ihn getroffen habe, sondern es gieng nur von ihm aus, traf aber ohne sein Verschulden einen Andern. Eben so trift das Unglück der verhinderten Parthey, zugleich die Gegenparthey, und jene, wenn ihr keine Schuld beygemessen werden kann, ist dieses Unglück des Gegners nicht zu vergüten schuldig. Nur darf hier nicht übersehen werden, daß auch ein Unglück verschuldet seyn kann. Wenn also die verhinderte Parthey den Proceß in der Hauptsache verschuldet haben, und die Kosten zu ersetzen schuldig seyn sollte, so ist sie auch die ohne unmittelbare Schuld entstandene Kostenmehrung auf sich zu nehmen verbunden, weil sie ohne die Schuld in der Hauptsache nicht entstanden wäre.

Ausser den beiden angeführten Arten von Contumacialkosten läßt sich noch eine dritte denken, wenn nemlich eine Parthey den Proceß durch Einmischung unerheblicher Thatsachen und Beweißmittel vergrössert. Allein da die Partheyen im Processe nur den Stoff liefern sollen, der Richter aber denselben allein beherrschen, und bestimmen muß, welche Thatsachen und Beweißmittel entwickelt, und aufgenommen werden sollen *), so ist hier

*) Vergl. meine angeführten Grundlinien.

eine Proceßerweiterung ohne Schuld des Richters, oder der Proceßordnung nicht möglich. Eine Schuld der Proceßordnung dürfen wir nicht annehmen, da jedes gegebene Gesetz als gut, und zweckmässig befolgt werden muß, die Schuld des Richters dagegen erfordert eine nähere Erwägung.

§. 28.

Zu 2.) Die vom Richter veranlaßte Kostenhäufung geschieht entweder durch überflüssige und unnütze Procedur, oder durch nichtiges Verfahren, und Erkennen. In der letzten Beziehung gehören alle Kosten hieher, welche durch Instructionen, und Erkenntniße, die wiederholt oder reformirt werden müssen, veranlaßt werden. In der ersten Beziehung aber kommen nicht nur Instructionen, und Beweißaufnahmen, über unerhebliche Thatsachen, sondern auch unerhebliche Processe in Betracht, wenn nemlich die Klage schon gleich Anfangs hätte verworfen werden sollen. Die Kostenhäufung beider Arten kann den Partheyen nicht zur Last fallen, denn der Richter muß instruiren und erkennen; die Partheyen liefern nur den Stoff; seine Schuld ist es, wenn unnütze Thatsachen instruirt, unnütze Beweißmittel aufgenommen, unnütze Processe zugelassen werden. Ich trage z. B. bey der Klageanstellung dem Richter die Thatsachen vor, auf deren Grund ich ein Recht verlange. Kann mir der Richter das verlangte Recht auf diesen Grund nicht zusprechen, was nützt

die Mittheilung an den Beklagten, und die Einleitung des Processes? Er kann am Ende doch kein anderes Erkenntniß fällen, als welches er gleich Anfangs fällen konnte, daß nemlich aus dem angegebenen Factum kein Klagerecht fliesse. Alle weitern Proceßkosten von der Klage an, sind nicht von mir verschuldet, so sehr ich auch die Klage verschuldet haben mag.

Allein sollen die durch unnütze Processe, durch überflüssige Instructionen und Beweise entstandene Kosten dem Richter aufgebürdet werden: so muß auch von seiner Seite eine Schuld vorhanden seyn. Er muß sie mit Freyheit — aus Vorsatz oder Nachlässigkeit veranlaßt haben, denn nur die Freyheit ist der Zurechnung fähig. Nicht die Handlung an sich, wie wir schon bewiesen haben, sondern nur die freye Handlung macht verantwortlich. Der Richter hat mehr, als jeder Andere die Pflicht auf sich, nach seiner Uiberzeugung zu procediren, und zu erkennen, er würde pflichtwidrig und gewissenlos handeln, wenn er etwa anders verfügte, und erkännte, als was er für gut, und gesetzlich hält. Gründet sich demnach die Zulassung und Verfügung unnützer Instructionen, und Processe, die Fällung ungültiger rechtswidriger Erkenntniße blos im Verstande des Richters: so ist er nicht dafür verantwortlich, denn es war seine Pflicht, seinen Verstand zur Richtschnur seines Verfahrens und Erkennens zu nehmen. Verstandesirrthum, als solcher, macht nicht verantwortlich.

Wenn aber der Richter den Irrthum verschuldet hat, wenn er ihn nemlich bey genauer Aufmerksamkeit und Anstrengung seiner Kräfte hätte vermeiden können, wenn er aus Mangel an Fleiß und Thätigkeit, oder gar mit Vorsatz irrig verfügte, wenn er z. B. die Klage ungeprüft zur Beantwortung mittheilte, wenn er aus Leichtsinn und Bequemlichkeit die Acten nur flüchtig liest und erhebliche Thatsachen übersieht, wenn er ein Gesetz, das er wohl im Gesetzbuch hätte finden können*), nicht aus Mißverstand, sondern aus Unachtsamkeit, nicht anwendet, kurz wenn ihm ein Willensfehler, eine Nachlässigkeit zur Last fällt, — dann, aber auch nur dann kann und soll der Richter in die verursachten Kosten verurtheilt werden.

Bey einer Verschuldung des Richters kommt aber nicht diejenige Rücksicht in Betrachtung, aus welcher wir oben die Verbindlichkeit der Partheyen, Sporteln zu bezahlen, ableiteten, nemlich die Rücksicht der Geschäfts- und Kostenvermehrung für den Staat, und das Richteramt; sondern es ist die Rücksicht der Amtsverletzung, und Strafbarkeit, welche hier vorwiegt. Der Richter

---

*) Ein Gesetzbuch wie das römische Corpus juris möchte wohl eine Ausnahme begründen, denn hieran muß das letzte Gedächtniß scheitern, und das Nachschlagen im einzelnen Fall, möchte wohl einen Jahrelangen Aufschub der Verfügung, wofür das Gesetz gesucht wird, nöthig machen.

soll nicht selbst Sporteln, sondern Strafe bezahlen, wenn er seine Geschäfte durch eigene Schuld vermehrt. In diesem Fall, wenn der Richter die Proceßerweiterung verschuldet, sind also keine Gerichtskosten zu rechnen, der Richter aber ist nach der Größe seiner Verschuldung mit einer Strafe zu belegen. Widrigenfalls, wenn er für sein Versehen die verursachten Sporteln bezahlen soll, wird ein geringes Versehen oft mit vielem, ein großes Versehen aber mit weniger Nachtheil für den Richter verbunden seyn. Es bleiben mithin nur die aussergerichtlichen Kosten, welche er den Partheyen auf den Grund der Schadensersatzverbindlichkeit ersetzt, die Schadensersatzverbindlichkeit gegen den Staat geht in der Strafbarkeit auf. Wenigstens würde, wenn man die Schadensersatzverbindlichkeit gegen den Staat neben der Strafbarkeit bestehen lassen wollte, ein eigenes Sportelreglement nöthig seyn, nach welchem im Falle der richterlichen Sportelzahlungsverbindlichkeit die Sporteln berechnet würden, denn die durch den Richter verschuldete Vermehrung der Staatskosten für die Justizpflege hält mit der durch die Partheyen verursachten Vermehrung nicht gleichen Schritt. Viel leichter und einfacher ist die Sache durch Geldstrafen zu berichtigen, da hierinn der Staat auch zugleich eine Schadloshaltung erhält.

So wenig nun der Richter verantwortlich gemacht werden kann, wenn nur seine Verstandes- nicht auch

seine Willens-Function mangelhaft ist: so leicht, und so häufig werden blos durch den Mangel erster Art unerhebliche, und nichtige Instructionen, Processe, und Erkenntnisse veranlaßt. Wem sollen die dadurch verursachten Kosten aufgebürdet werden? Die Partheyen haben sie nicht verschuldet, der Richter eben so wenig, der Staat kann auch nichts dafür, daß er sich des irrthumsfähigen menschlichen Verstandes bey Ausübung des Richteramts bedienen muß. Es ist mithin lediglich ein Unglück, daß irrig procedirt, oder erkannt wurde; die Gerichtskosten, oder Sporteln fallen hinweg, die aussergerichtlichen Kosten aber müssen sich die Partheyen als ein — in der menschlichen Unvollkommenheit, und in dem nothwendigen Verband der Menschheit begründetes Unglück gefallen lassen. Das Individuum wäre von mancher Beschwerde frey, wenn es vom nothwendigen Verband der Menschheit frey wäre; aber es könnte dann auch kein Mensch seyn.

Schlüßlich können wir in Bezug auf die Anwendung der aufgestellten Grundsätze nicht unbemerkt lassen, daß der Richter bey jedem Schritt im Processe die Sache eben so genau, als beym Definitiverkenntniß erwägen müßte, wenn ihm die Vermeidung unerheblicher Processe und Instructionen streng zur Pflicht gemacht wäre. Dadurch würde der Proceßgang sehr verzögert werden. Es muß daher das geringere Ubel gewählt, und dem Richter gestattet werden, unerhebliche Klagen, und

Thatsachen anzunehmen, und zu instruiren, insoferne ihre Unerheblichkeit nur nicht sofort einleuchtet, oder insoferne wenigstens auch hier keine objektive Gewißheit möglich ist. So wird z. B. der Richter, ohne sich schuldig zu geben, eine vollkommene instruirte Klage noch als ungegründet verwerfen können, wenn gleich das Geständniß, daß dieses gleich Anfangs hätte geschehen sollen, darinn enthalten ist, — insoferne nur seine dem Erkenntniß beygefügte Zweifels- und Entscheidungsgründe ergeben, daß ihm die Nothwendigkeit der Verwerfung der Klage ohne genaue Prüfung nicht klar seyn konnte, oder wenigstens daß es selbst jezt noch zweifelhaft sey, ob nicht ein anderer Richter die Klage für zuläßig gehalten haben würde.

§. 29.

Fassen wir das Resultat unserer Unterhaltung in rationeller Hinsicht kurz zusammen: so besteht es in Folgendem:

I. Die Verbindlichkeit zur Erstattung der Proceßkosten ist nach den nemlichen Grundsätzen, wie die Verbindlichkeit zum Schadensersatz zu beurtheilen. Diese Verbindlichkeit entspringt lediglich aus der Freyheit, und kann sich nie weiter als die Freyheit erstrecken. Die Freyheit setzt intellectuelle und materielle Kenntniß der Handlung voraus. Wer die Schädlichkeit seiner Handlung aus Mangel am Begriff (wie der Wahnsinnige) oder

aus Mangel an Einsicht in den äussern Causalzusammenhang auch mit der höchsten Anstrengung nicht einzusehen vermag, ersetzt keinen Schaden, denn er hat den Schaden nicht verschuldet, und derselbe ist somit lediglich als ein, in der menschlichen Unvollkommenheit, und in dem nothwendigen Verband der Menschen untereinander zur Einheit gegründetes Unglück zu betrachten, welches derjenige trägt, den es trift, solange nicht die von der Vernunft geforderte Einrichtung getroffen ist, daß alles — reine, ohne Verschulden eines Menschen entstehende, Unglück gemeinschaftlich getragen, und ausgeglichen werde.

II. Diesen Grundsatz auf die Proceßkosten angewendet, ist nun jede Parthey, welche einen ungerechten Proceß führt, den sie bey vollständigem Gebrauch ihrer Freyheit hätte vermeiden können, weil sie unter dieser Voraussetzung ihr Unrecht erkannt hätte, dem Gegentheil die Kosten zu erstatten schuldig. Hiernach unterliegt

A) jede Parthey dieser Pflicht, welche das Factum nicht genug kannte, und deßhalb irrte, insoferne nicht

a) die Gegenparthey den Irrthum durch Hinterhaltung der Wahrheit verschuldete, welchenfalls sie auch als Siegerinn die Kosten ersetzt, oder insoferne nicht

b) eine erhebliche Thatsache beiden Partheyen vor der Proceßinstruction nothwendig verborgen war.

B.) Wenn dagegen der Besiegte im Rechtspunct irrte: so geschah es

a) entweder aus Unwissenheit eines klaren Gesetzes, oder

b) aus Mangel an richtigem Urtheil des Verstandes.

Im ersten Fall muß er die Kosten ersetzen, denn er hätte bey sorgfältiger Erkundigung das Gesetz leicht kennen lernen können. Nur wenn eine Rechtsverfolgung Eile fordert, oder zu unwichtig ist, als daß große Nachforschungen damit im Verhältniß ständen, kann eine Ausnahme gemacht werden.

Wenn dagegen der Besiegte aus Mangel an richtiger Beurtheilung irrte: so kommt es darauf an, ob er bey sorgfältiger Erforschung der Wahrheit den Irrthum hätte vermeiden können; (z. B. mehrere Rechtskundige, so viele er deren gefragt hätte, würden ihn gesagt haben, daß er Unrecht habe) oder ob diese Vermeidung nicht möglich war. Im ersten Fall ersetzt er die Kosten, im zweyten ist er von der Verbindlichkeit hiezu frey.

Das Daseyn des zweiten Falls ist erwiesen, wenn der Richter eine Klage, die nachher als ungegründet verworfen wird, wegen ihrer Zweifelhaftigkeit annahm, oder wenn im Allgemeinen mehrere Richter einer, oder

mehrere Instanzen verschiedener Meinung, oder wenigstens darin einstimmig sind, daß die Sache von einer streitigen Rechtsfrage abhänge, und folglich von einem andern Gericht, welches der gegentheiligen Meinung zugethan ist, anders hätte entschieden werden müssen. Wo keines dieser Kennzeichen vorhanden ist, kann nur richterliches Ermessen entscheiden.

III. Hinsichtlich der besondern Arten von Proceßkosten eignen sich

A) von den Kosten, welche die Partheyen für ihre Person aufwenden müssen

a) nur die Reise- und Zehrungskosten, oder Versäumniße, welche durch Abwartung des Processes entstehen,

b) nicht aber auch andere Kosten, welche wegen einzuziehender Erkundigung über Factum, und Gesetz nothwendig werden, zum Ersatze.

B) Von den auf fremde Belohnung verwendeten Kosten eignen sich

a) nur die Advocatengebühren, soweit die richterliche Mühe, und mit ihr die Gerichtskosten durch die Theilnahme der Advocaten an der Proceßinstruction vermindert werden,

b) nicht aber Belohnungen fremden aussergerichtlichen Rathes, und Beystandes zur Erstattung.

C.) Sporteln dürfen nur dann, wenn eine Parthey wegen Verschuldung des Processes zur Kostener-

stattung verbunden ist, oder wo beide Theile an der Dunkelheit ihres Rechtsverhältnisses schuld sind, gerechnet werden. Im entgegengesetzten Fall ist die Justizpflege unentgeltlich zu ertheilen.

IV. Einzelne Kosten, welche das nothwendige Kostenmaaß eines bestimmten Processes überschreiten, ersetzt die Parthey, welche die Kostenhäufung durch ihre besondere Schuld verursachte, ohne Unterschied des Sieges, oder Verlustes in der Hauptsache. Der Richter ersetzt diese Kosten ebenfalls, insoferne er sie durch einen Willensfehler, nicht aber durch einen blosen Verstandesirrthum verschuldet hat. Im letzten Fall dürfen keine Gerichtskosten gerechnet werden, und auch im ersten Fall, würde eine dem Grad der Schuld angemessene Strafe zweckmässiger seyn, als die Bezahlung von Sporteln, deren Größe von der Wichtigkeit und Weitläufigkeit des Processes abhängt.

F 2

Zweyte Abtheilung.

Von Erstattung der Proceßkosten nach römischem Rechte.

§. 30.

Das römische Recht hat an mehrern Orten die Regel aufgestellt, daß die besiegte Parthey, wenn sie pflichtvergessen, leichtsinnig, ohne Grund, gestritten hat, ihrem Gegentheil die Kosten zu erstatten verurtheilt, daß sie aber mit der Erstattung verschont werden soll, wenn die Sache zweifelhaft, oder verschiedener Auslegung fähig war. Diese Regel ist im Allgemeinen ganz richtig, und stimmt mit dem Resultat unserer Untersuchung überein, denn sie fordert, daß demjenigen, welcher zum Kostenersatz verurtheilt werden soll, eine Schuld zur Last falle, und erstreckt somit die Verantwortlichkeit nicht weiter, als die Freyheit reicht.

Mit dieser Regel konnte und wollte man sich nicht begnügen, denn sie läßt es nicht nur ganz unbestimmt,

aus welchen äussern Merkmalen das Daseyn einer Schuld erkannt werden könne; sondern sie verschmäht es auch, einen Grad der Schuld, welcher die Verbindlichkeit zur Kostenerstattung erzeugen solle, anzugeben. Man versuchte es daher, diesem Mangel theils durch rationelle Grundsätze, theils durch die Rechtsanalogie abzuhelfen, und Jeder glaubte die unbestimmte Regel so verstehn, und deuten zu können, wie sie seinen aus der Vernunft, oder andern positiven Gesetzen abstrahirten Grundsätzen am angemessensten war.

Wir müssen daher zuvörderst die ausdrücklichen Bestimmungen des römischen Rechts über die Erstattung der Proceßkosten näher betrachten, und dann eine weitere Untersuchung darüber anstellen, ob und inwieferne das Unbestimmte der ausdrücklichen hieher gehörigen Gesetze aus dem Geist, und der Analogie anderer römischen Gesetze ergänzt werden könne und solle?

Erste Unterabtheilung.

Ausdrückliche Bestimmungen des römischen Rechts über Erstattung der Proceßkosten.

---

§. 31.

Die erste hieher gehörige Stelle des römischen Rechts, — § 1 J. de poena temere litigantium, — verordnet wörtlich Folgendes:

„Sed pro his introductum est et profatum jusjurandum, *et ut improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.*“

Gleich am Eingang dieses Titels erinnert der Gesetzgeber an die Sorgfalt, welche die älteren Gesetze angewendet hätten, um leichtsinniges Processiren zu vermindern. („ne *facile* homines ad litigandum procederent“) Diese Sorge, erklärt er, liege auch ihm am Herzen, und der Zweck werde am leichtesten erreicht, wenn der Leichtsinn der Streitenden (*temeritas* agentium etc.) bald durch Geldstrafe, bald durch den Eid, bald durch Furcht von der Infamie gezügelt werde. Es wird nun der Klagen erwähnt, welche auf das Doppelte gehen, u. s. w. besonders aber wird der Eid für Gefährde angerühmt, welcher für die Calumnienklage der Alten eingeführt sey. Hiermit habe der Kläger zur Strafe auf ein Zehntheil der Streitsumme belangt werden können. Sie sey aber ausser Gebrauch gekommen; es sey also der gedachte Eid, und die Verfügung, daß der unrechtfertige Streiter die Kosten erstatte, an die Stelle seiner Klage gesetzt worden.

Daß hier der Ausdruck: *improbus litigator* nichts mehr und nichts weniger, als einen Menschen bedeutet, welcher ohne einen hinreichenden Grund der Rechtfertigung processirt, ist aus dem Zusam-

menhang, und dem Wortsinne klar. Nach dem Zusammenhang soll das leichtsinnige Processiren „*ne facile* homines ad litigandum procederent" verhindert werden. Um den Leichtsinn zu zügeln, sind verschiedene Mittel angegeben, und hierunter gehört auch die Erstattung der Proceßkosten. Nach dem Wortsinne bedeutet der Ausdruck *improbus* jeden Menschen, welcher seine Pflicht nicht erfüllt, improbus ist das Gegentheil von probus, es heißt nicht gerade vorsätzlich böse, sondern auch der Fahrlässige, welcher sich aus Mangel an ernstlich gutem Willen, aus Mangel am gehörigen Gebrauche seiner Freyheit eine Schuld aufladt, ist improbus; auch er kann sich wegen seiner Schuld nicht rechtfertigen, sondern muß dafür haften.

Von einer bestimmten Größe des Leichtsinns, von einem bestimmten Grad der Schuld, ist in diesem Gesetz keine Rede. Es heißt nur: wer ohne einen hinreichenden Grund der Rechtfertigung streitet: soll dem Gegner die Kosten ersetzen. Welcher Grund zur Rechtfertigung hinreiche — ist dem richterlichen Ermessen überlassen.

§. 32.

Die zweite hieher gehörige Stelle drückt sich auf eine ähnliche unbestimmte Weise aus; es heißt in l. 79 D. de judiciis:

„Eum, qui *temere* adversarium suum in judicium vocasse constitit, vialica litisque sumtus adversario suo reddere oportebit.“

Wer *temere* klagt, soll die Kosten erstatten. Man hat temere mit vergeblich übersetzen wollen. *) Allein vergeblich hat jeder Besiegte gestritten, so unschuldig er auch seyn mag.

Hiernach würde also jeder Besiegte ohne alle Ausnahme die Kosten erstatten müssen, was noch Niemand behauptet hat. Auch wird kein Sprachlehrer, das temere mit *frustra* für synonim erklären. Temere heißt vielmehr, wie uns das nächste beste Wörterbuch belehrt, unbedachtsam, unbesonnen, und das vergeblich ist nur der Nebenbegriff, weil derjenige, welcher unbesonnen handelt, auch gewöhnlich vergeblich handelt.

Schon im vorigen § wurde gesagt, daß im Eingange des Titels de poena temere litigantium in den Institutionen der Gesetzgeber seine Absicht, leichtsinniges Processiren zu verhindern, ausgesprochen, und unter den Mitteln hiezu die Kostenerstattung aufgeführt habe. Dieser Eingang erklärt diejenigen für temere litigantes, *qui facile ad litigandum procedunt*; es heißt in demselben:

---

*) Weber in der angezeigten Schrift.

„Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, *ne facile* homines ad litigandum procederent, quod et nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod *temeritas* tum agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria poena, modo jurisjurandi religione, modo infamiae metu coercetur“.

Unverkennbar bezieht sich der Ausdruck temeritas auf die vorhergehenden Worte: ne *facile* homines ad litigandum procederent. Wer *facile* einen Proceß anfängt, und folglich *temere* streitet, ist doch wohl nur derjenige, welcher die Sache nicht gehörig prüft und überlegt, ehe er es auf den Proceß ankommen läßt. Welcher Fleiß in der Prüfung, welcher Grad von Aufmerksamkeit und Uiberlegung erfordert werde, um dem Vorwurf des leichtsinnigen Processirens zu entgehen, davon ist auch hier keine Rede. Auch dieses Gesetz bestimmt keinen Grad von Schuld, es begnügt sich die Schuld im Allgemeinen als den Grund der Verbindlichkeit zur Kostenerstattung anzugeben. *)

---

*) Emmrich hat in der Eingangs angezeigten Abhandlung über die Proceßkosten durch eine Menge Citate bewiesen, daß temere in der Regel wirklich nichts anders als: unbesonnen, oder unbedachtsam bedeute, wenn es gleich, wie fast jedes Wort, manchmal in einem etwas weitern, manchmal in einem

§. 33.

In dem nemlichen Geist sprechen auch die übrigen römischen Gesetzstellen, welche man hier anzuführen pflegt. In l. 78 §. 2. D. de legatis II. heißt es:

„Etiam respublica fideicommissi post moram usuras praestare cogitur, sed damnum, si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarciendum erit, qui post dictam sententiam judicatum solvere supersederunt. Nec aliud servabitur in litis sumtibus, *si ratio litigandi non fuit*, ignaviam etenim praetendentes audiri non oportere.“

---

etwas engern Sinne genommen wird. Allein er betrachtet die Unbesonnenheit, oder Unbedachtsamkeit als gänzlichen Mangel an vernünftiger Uiberlegung, und so muß freylich den Unbesonnenen immer wenigstens die culpa lata treffen. Man denke sich indessen einen Kläger, welcher zwar vor Anstellung der Klage, seine Sache etwas überlegt, aber des Nachforschens und Kopfbrechens bald überdrüssig seine Klage lieber auf Gerathewohl anstellt, als daß er sich die Mühe gegeben hätte, klar zu sehen. Ist er nicht ein leichtsinniger unbedachtsamer Kläger, wiewohl ihm nicht gänzlicher Mangel an Uiberlegung vorgeworfen werden kann? Freylich ist er es weniger, als derjenige, welcher die Sache gar nicht bedacht hat. Aber das Mehr oder Weniger entscheidet nicht. Die Unbedachtsamkeit hat so viele Grade, als die

Auch der Staat soll Verzugszinsen zahlen. Zum Schadensersatz sind aber nur diejenige (Administratoren) verbunden, welche eine liquide Schuld auszuzahlen versäumen. Eben so soll es mit den Proceßkosten gehalten werden, wenn sie ohne hinreichenden Grund der Rechtfertigung gestritten haben. Welcher Grund entschuldige? ist nicht bestimmt.

Die l. 5. §. 1. C. de fructibus et lit. expens. (welche jedoch nicht glossirt ist) sagt:

„Si quis vero *conventus bona fide* solverit, aut actor lite destiterit, aut etiam judex inveniat eum non calumniatorem, sed *de re du-*

---

culpa, und nur derjenige, welcher die Sache ganz erforscht, und überlegt hat, und welcher folglich zu einem gewissen Resultat, daß er entweder Recht oder Unrecht habe, oder daß wenigstens das Recht nicht objectiv, sondern nur nach des Richters subjectiver Uiberzeugung, erkennbar sey, gelangt seyn muß, ist von aller Unbedachtsamkeit, so wie von aller culpa frey zu sprechen. Sollte Emmrich auf das Beywort vernünftige Uiberlegung ein Gewicht legen: so ist freylich die Unbedachtsamkeit ein gänzlicher Mangel hieran: Aber vernünftige Uiberlegung ist auch nur eine vollendete, wovon weiter unten die Rede seyn wird, und welche zu einem gewissen Resultat der Erkenntniß oder ihrer Unmöglichkeit führt. In diesem Sinne ist aber auch derjenige, welchem die geringste Schuld zur Last fällt, ein temerarius litigator.

bia litigantem, his evitabit impensarum condemnationem".

Im Eingang dieser Stelle sagt Kaiser Zeno: Es sey gesetzlich bestimmt, daß der Besiegte in die Kosten verurtheilt werden soll. Es stehe dem Richter auch frey, noch weiter zu gehen, und die vom Besiegten zu zahlende Kosten um ein Zehntheil zu erhöhen, wenn er sich durch die Unverschämtheit desselben dazu bewogen finde, und dieses weitere Zehntheil soll in der Regel dem Fiscus zufallen. Wenn aber, fährt er fort, der Beklagte in gutem Glauben war, und (nach gewonnener Einsicht seines Unrechts gutwillig) zahlte, oder wenn der Kläger (im gleichen Fall) von der Klage abstand, oder auch wenn der Richter findet, daß der Besiegte nicht aus Chicane processirte, sondern über seine zweifelhafte Sache stritt: so soll er ihn nicht in die Kosten verurtheilen.

Daß der gute Glaube objectiv beurtheilt werde, und demjenigen nicht zu statten komme, welcher sich bey einiger Aufmerksamkeit von seinem Unrecht hätte überzeugen können, ist bekannt, indem eine große Nachlässigkeit, vermöge welcher man die Einsicht zu gewinnen unterläßt, welche jedermann hat, und haben kann, als eine große Schuld betrachtet, und der Arglist — dem Dolus — gleichgesetzt wird. *)

---

*) L. 213. § 2. — 223. pr. — 226 de Verb. Signif. L. 29. pr. mandati — L. 32. Depositi. Mehr über den Begriff der bona fides weiter unten.

Es ist somit auch hier nichts weiter verordnet, als daß derjenige, welcher ohne seine Schuld irrte, weil z. B. die Sache zweifelhaft war, nicht zur Kostenerstattung verbunden sey. Welcher Grad von Schuldlosigkeit erfordert werde, wann eine Sache als zweifelhaft anzusehen sey, davon enthält das Gesetz keine Silbe. *)

Auf gleiche Weise heißt es in Nov. 82. cap. 10. „si tamen perspexerit judex, neutrum sumtuum subdere rationi, et *propter negotii forte varietatem*, hoc ipsum decernat sua sententia.“

Wenn kein Grund zur Verurtheilung einer Parthey in die Kosten vorhanden ist, weil vielleicht die Sache (das streitige Geschäft) vielseitiger Auslegung fähig war, so soll es der Richter in seiner Sentenz ausdrücklich festsetzen. Wie groß die Varietät, die Dunkelheit, und Zweifelhaftigkeit der Sache seyn müsse, ob sie nur dann berücksichtigt werden dürfe, wenn sie

---

*) Emmrich schreibt demjenigen bonam fidem zu, welcher der gewissen Uiberzeugung lebt, daß er Recht habe. Aber kann man denn ohne eine vollständige Uiberlegung und Erforschung der Sache, womit man auch sogar dem Vorwurf der geringsten Schuld entgeht, eine gewisse Uiberzeugung haben? Wer sich nicht bewußt ist, alles Mögliche zur Erforschung der Wahrheit gethan zu haben, der kann ja nicht gewiß seyn, daß er die Wahrheit kenne!

mit dem größten Fleiß nicht überwunden werden konnte u. d. gl., darüber ist überall nichts bestimmt. Uiberall ist nur soviel festgesetzt, daß der fahrlässige Proceßführer in die Kosten verurtheilt werden soll, denn wer ohne hinreichenden Rechtfertigungsgrund, wer leichtsinnig, wer über eine nicht zweifelhafte Sache gestritten hat, ist der Fahrlässigkeit schuldig. Ein Grad der vorausgesetzten Fahrlässigkeit ist dem Gesetz gänzlich fremd. *)

§. 34.

Noch ist eine Gesetzstelle übrig, welche sehr verschieden ausgelegt wurde, und einer nähern Prüfung bedarf; es heißt nemlich in l. 13. §. 6. C. de judiciis:

„Omnes judices sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium juraverit.“

Der Sinn dieser Stelle, wie sie da steht, scheint klar zu seyn. Der Richter soll wissen, daß der Besiegte

---

*) Man kann auch noch vergleichen l. 12 §. 4. C. de rebus cred. wo im Fall eines acceptirten, referirten, oder verweigerten Eides der Kostenpunkt richterlichem Ermessen überlassen ist, und L. 4 C. de fruct. et lit. expens., wo auch die culpa ohne nähere Gradbestimmung als Grund der Verurtheilung zum Kostenersatz angegeben wird.

hinsichtlich der Kosten zu Gunsten des Siegers verurtheilt werden solle. Es scheint mithin bestimmt ausgesprochen, daß der Besiegte schon als solcher jederzeit in die Kosten verurtheilt werden müsse. *) Allein man beziehe die Worte: in expensarum causa, unmittelbar auf das vorhergehende Wort: Victum, so ergibt sich ein ganz anderer Sinn. Die Stelle heißt dann so: Der im Kostenpunct unterliegende, (wer zur Kostenerstattung verurtheilt ist) soll soviel Kosten dem Gegner ersetzen, als dieser beschworen haben wird, **) und sie entscheidet dann nicht über die Frage: wer die Kosten zu erstatten schuldig sey, sondern nur über die Frage: wie hoch die Kostensumme festgesetzt werden soll. So natürlich die erste Auslegung auf den ersten Anblick erscheint, so wahrscheinlich erscheint bey näherer Betrachtung die zweite. Welche die richtige sey, kann nur aus dem Zusammenhang des ganzen Fragments erkannt werden. Allein nach dem Zusammenhang spricht die Stelle nicht von der Proceßkostenerstattung im Allgemeinen, sondern lediglich von Erstattung der Contumacialkosten; sie entscheidet somit in der Hauptsache nichts, welche Auslegung auch die richtige seyn möge. Man lese nur das ganze Fragment mit Aufmerksamkeit, und man wird sich diese Uiberzeugung aufgedrungen fühlen.

---

*) Weber's Meinung.

**) Hennemann's Auslegung.

Der Gesetzgeber sagt im Eingang: Es müsse schleunig vorgebeugt werden, daß die Processe nicht unsterblich würden. Er verordnet daher in §. 1 — 4, daß alle Processe binnen drey Jahren geendigt werden müßten, daß deßhalb der Richter, wenn eine Parthey die Sache liegen gelassen habe, und zum Betrieb derselben nicht mehr erscheine, im letzten halben Jahr die abwesende Parthey durch den Executor aufsuchen, und vorladen lassen, daß, wenn der Ungehorsame auf dreymalige Vorladung nicht erscheine, die Sache nach der Actenlage entschieden, auf jeden Fall aber der Ungehorsame, wenn er auch in der Hauptsache Recht habe, in die Kosten verurtheilt werden solle. Im 5. §. spricht der Gesetzgeber von der Anwendung des Gesetzes auf bereits anhängige Processe, welche schon über drey Jahre dauern; und bestimmt dann im §. 6. „sive autem alterutra parte, absente, sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes judices sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium juraverit. Der Richter wird hiefür bey eigener Haftung verantwortlich gemacht. Hierauf heißt es in §. 7: „et haec de alterutra parte litigantium *contumaciter absente* nobis statuere visum est, ad *aequitatis rationem* omnia corrigentibus. Der weitere Innhalt betrift die Fälle, in welchen der Proceß nicht durch die Schuld der Partheyen, sondern durch die Schuld des Richters, der Advocaten u. s. w. ver-

zögert wird. Durchaus aber vom Anfang bis zum Ende ist von Proceßverzögerung die Rede. Wie könnte man demnach den § 6 vom Proceß überhaupt als allgemeine Vorschrift verstehen? Konnte es der Gesetzgeber deutlicher aussprechen, daß die Verordnung blos das Contumacialverfahren betreffe, als es gleich darauf im § 7 geschieht, wenn er sagt, dieses alles sey — um überall nach Billigkeit zu verfahren, auf den Fall des Ungehorsams einer Parthey festgesetzt worden? Wie hätte der Gesetzgeber im § 6 den in der Hauptsache Unterliegenden unbedingt zur Erstattung der Kosten für schuldig erklären können, da er kurz zuvor bestimmt hatte, daß auch der Sieger, wenn er der Ungehorsame sey, in die Kosten verurtheilt werden solle? Wie könnte er sich rühmen, nach Billigkeit das Gesetz eingerichtet zu haben, wenn er den Besiegten immer zur Kostenerstattung hätte verurtheilt wissen wollen, da es nicht nur unbillig, sondern auch ungerecht ist, Jemand zum Ersatze eines Schadens zu verurtheilen, den er mit allem Fleiße nicht vermeiden konnte; da mithin auch die Kostenerstattung unbillig und ungerecht ist, wenn der Besiegte sein Unrecht nicht einzusehen vermochte, und folglich den Proceß nicht vermeiden konnte, wenn er nicht ganz auf Anrufung der richterlichen Hülfe verzichten soll? *)

---

*) Weber selbst hat diese Unbilligkeit gefühlt, aber er will ihre Beurtheilung nur nicht dem richterlichen Ermessen überlassen, wovon schon oben die Rede war.

Ist nun, wie der ganze Inhalt des Fragments beweißt, in demselben lediglich vom Contumacialverfahren die Rede, kann auch der §. 6. wie der Zusammenhang und der folgende §. 7. über allen Zweifel erheben, nur von verzögerten Processen verstanden werden, und ist hierinn nur der Ungehorsame, er sey Sieger, oder Besiegter, zum Kostenersatz verbunden: so ist es klar, daß im §. 6. unter dem Wort: *Victum* nur derjenige, welcher nach den vorhergehenden §§. die Kosten zu erstatten schuldig ist, der im Kostenpunct Besiegte, nemlich der Ungehorsame verstanden werden könne. Der ganze §. 6. ist nur eine energische Wiederholung der schon in §. 2 und 3 enthaltenen Vorschrift, daß der Ungehorsame die Kosten zahlen soll. Diese Wiederholung rechtfertigt sich durch die Anfangsworte: „sive autem altera utra parte absente, sive utraque praesente lis fuerit decisa.“ Der Gesetzgeber hatte bestimmt, der Abwesende soll dreymal vorgeladen, und wenn er auch nicht erscheine, der Streit dennoch nach der Actenlage entschieden, und der Abwesende, auch wenn er den Sieg erhielte, in die Kosten verurtheilt werden. Damit nun der Richter nicht glaube, diese Vorschrift gelte nur von dem Falle, wenn der Ungehorsame gar nicht erschienen, und der Streit ohne sein Beyseyn entschieden worden ist, und damit er sie ja nicht ausser Acht lasse, so wiederholt sie der Gesetzgeber mit der Ausdehnung: w e n n a b e r a u c h d e r U n g e h o r s a m e v o r d e r E n t s c h e i d u n g

des Streits auf die dreymalige Vorladung noch erschienen, und der Streit somit im Beyseyn beider Partheyen entschieden worden ist; so soll doch der Richter jene Vorschrift, und zwar bey eigener Verantwortlichkeit beobachten, und den Ungehorsamen, welcher schon als solcher zur Strafe die Kosten erstatten soll, in die Kosten verurtheilen.

So unbestimmt, und schwülstig sich hier Justinian, wie gewöhnlich ausdrückt: so klar und deutlich ist der Sinn im Zusammenhange. Es kommt also hier, wo von Proceßkostenerstattung im Allgemeinen die Rede ist, auf diese Stelle gar nicht weiter an. Hinsichtlich der Contumacialkosten aber enthält sie die unserm Gerichtsgebrauche, und unsern Grundsätzen vom Contumacialverfahren ganz fremde Verfügung, daß nemlich der Ungehorsame nicht blos die Kosten, welche durch seinen Ungehorsam veranlaßt sind, sondern überhaupt die Kosten des ganzen Processes erstatten solle, — eine Verfügung, welche durch Nichtbeobachtung und durch das veränderte Verfahren gegen Ungehorsame längst ausser Wirkung gesetzt ist, und welche uns somit nichts weiter angeht.

§. 35.

Unsere im Eingang dieser Abtheilung aufgestellte Behauptung: daß das römische Recht blos die unbestimmte Regel enthalte: der Besiegte, welcher leichtsinnig, und ohne Grund gestritten habe, müsse dem Gegner die

Kosten ersetzen; wenn aber die Sache zweifelhaft und verschiedener Auslegung fähig war, sey er von dieser Verbindlichkeit frey, — diese Behauptung hat sich nun bey näherer Betrachtung der einzelnen Gesetzstellen als richtig bewährt. Diese unbestimmte Regel stimmt im Wesentlichen mit unsern aufgestellten Grundsätzen überein, daß nemlich der Besiegte nur dann, wenn es an ihm lag, sich von seinem Unrecht zu überzeugen, und somit den Proceß ohne Verzichtleistung auf richterliche Hülfe überhaupt, zu vermeiden, zur Kostenerstattung verbunden sey.

Uiber die äussern Merkmale, woran das Daseyn einer Schuld, einer Nachlässigkeit in Untersuchung und Erforschung des Rechtes, erkannt werden könne, und worüber wir oben Regeln aufzustellen suchten, enthält das römische Recht keine Silbe. Diese Regeln muß also die Jurisprudenz lediglich aus der Vernunft schöpfen. Allein mit dieser Ergänzung der unbestimmten Vorschrift war man nicht zufrieden; man glaubte den Grad der erforderlichen Schuld näher bestimmen zu müssen, und nahm zu diesem Behufe zur Rechtsanalogie, und zum Geist der römischen Gesetze seine Zuflucht. Es scheint nun zwar gar nicht so wünschenswerth zu seyn, als man glaubt, daß ein Grad der Schuld als Quelle der Verbindlichkeit zum Kostenersatz ausgemittelt werde; denn nach vernünftigen Grundsätzen muß jede Schuld, ohne Unterschied ihrer Größe verantwortet werden. Es

kommt nur darauf an, daß sie äusserlich erkennbar sey. Sobald das Daseyn einer Schuld, sey sie klein oder groß, gewiß ist: sobald ist auch die Verbindlichkeit zum Ersatz des daraus entsprungenen Schadens ausser Zweifel. Wie könnten auch im Allgemeinen rechtliche Folgen an irgend einen Grad der Schuld geknüpft werden, da ja die Zahl der Grade unendlich ist! Uiberdieses wird durch eine solche Gradbestimmung nicht nur nichts gegen die richterliche Willkür gewonnen, sondern es wird nur das richterliche Urtheil erschwert, und beynahe unmöglich gemacht. Das Daseyn einer Schuld überhaupt läßt sich im concreten Fall noch so ziemlich wohl erkennen, die Bestimmung ihres Grades aber ist genau genommen, ganz unmöglich, da alle Grade nur ideell, und durchaus ohne Gränzbestimmung sind, wie man sie auch denken mag. Schuld und Unschuld gränzen genau aneinander, aber es muß einen reellen Gränzpunkt geben. Die Grade der Schuld aber sind ganz relativ, sie fliessen in einander, und die Bestimmung, wo ein niederer Grad aufhöre, und ein höherer anfange, ist platterdings undenkbar. Die Bestimmung von Graden kann nichts weiter heißen, als daß es in einem Falle genauer mit der Schuld, als im andern genommen werden solle; aber die Bestimmung, daß eine rechtliche Folge von einem bestimmten Grad der Schuld abhängen soll, kann der Richter practisch nicht anwenden, weil er diesen Grad nie erkennen; und die Frage: wie genau

es mit der Schuld genommen werden soll? durchaus nicht beantwortet werden kann.

Man glaubte aber in dem römischen Rechte in Bezug auf die Theorie vom Schadensersatz solche Gradbestimmungen gefunden zu haben, man fand darinn eine culpa lata, levis, und levissima. Man sah diese Grade als verschiedene Quellen rechtlicher Folgen an, und so glaubte man denn auch die Schuld, welche die Verbindlichkeit zur Proceßkostenerstattung erzeugt, näher nach Graden bestimmen zu müssen. Es fragt sich nur, ob der Geist, und die Analogie des römischen Rechts dieses wirklich erfordere?

Zweite Unterabtheilung.

Von dem Geiste, und der Analogie des römischen Rechts, in Bezug auf die Erstattung der Proceßkosten.

§. 36.

I.) Die Römer kennen — die dem dolus gleich geachtete culpa lata allein ausgenommen — keine Eintheilung der culpa nach Graden.

Die Beschädigung eines Dritten, welche sich Jemand zu Schulden kommen läßt, kann auf eine doppelte Art veranlaßt seyn. Ursprünglich ist der Mensch von seinen Mitmenschen isolirt. Das ganze Gebiet der Freyheit steht seiner Thätigkeit offen, jede Handlung ist ihm erlaubt, insoferne sie nur die Rechte eines Dritten nicht verletzt. Der Mensch kann aber die Folgen seiner Handlung nicht immer mit Zuverläßigkeit bestimmen, er dürfte, wollte er ganz sicher seyn, daß er Niemand verletze, gar nicht handeln. Da dieses nicht die Absicht der Vernunft seyn kann: so muß, wie wir oben zeigten, die Pflicht des Menschen, nicht darein, daß er keinen Mitmenschen beschädige, sondern nur darein gesetzt werden, daß er zwar diejenigen Handlungen, deren nothwendig schädlichen Erfolg er voraussehen kann, unterlasse, bey andern Handlungen aber, deren Schädlichkeit nur als möglich erscheint, und welche, insoferne kein Schade daraus entsteht, vernünftig sind, sein Möglichstes thue, um sie so einzurichten, wie sie am wenigsten gefährlich sind. Wer sein Möglichstes zu thun unterläßt, und die schädliche Folge seiner an sich vernünftigen Handlung nicht abhält, oder auch, wer nicht alle Aufmerksamkeit und Uiberlegung anwendet, um die schädliche Folge, welche nothwendig aus der Handlung entsteht, folglich nicht abgehalten werden kann, einzusehen, ehe er handelt, der begeht, wenn ein nicht bezweckter Schaden entsteht, ein Versehen, culpa, und

er hat aus Fahrlässigkeit geschadet, denn das Versehen entspringt aus der Fahrlässigkeit, und diese ist von jenem nur darinn unterschieden, daß sie, wenn das Glück gut ist, auch ohne schädlichen Erfolg begangen werden kann, das Versehen aber den schädlichen Erfolg selbst in sich begreift. Wer z. B. einen Stein aus dem Fenster auf die Gasse wirft, ohne vorher hinauszusehen, ob Niemand vorbeygehe, und beschädigt werden könne, der handelt fahrlässig, wenn auch keine Beschädigung erfolgt: erfolgt die Beschädigung des Vorbeygehenden wirklich: so wird die Fahrlässigkeit zum Versehen.

Im ursprünglich negativen Verhältniß der Menschen kann nur eine Beschädigung aus Versehen, oder auch aus Arglist, nur durch wirkliches Handeln geschehen. Wer nicht handelt, kann Niemand verletzen. Allein wenn der Mensch in andere Verhältnisse, als das ursprünglich negative, zu seinen Mitmenschen tritt, wenn er es nicht mehr blos mit sich, und seinen Eigenthum zu thun hat, sondern wenn ihm auch fremdes Eigenthum anvertraut ist, oder wenn er einen Dritten Rechte an seinem Eigenthum eingeräumt hat; dann hat er mit der Enthaltsamkeit von fremder Beschädigung nicht mehr alles gethan, was ihm obliegt, er muß nun auch positiv thätig seyn, um die Beschädigung des Dritten an seinem Eigenthum, oder Rechte, welche durch Naturkräfte, oder andere Menschen verursacht werden kann, abzuwenden. Es ist nicht mehr genug, daß Er das

Eigenthum des Dritten nicht beschädige, er darf es auch durch Natureinflüsse, oder andere Menschen nicht beschädigen lassen. Er muß folglich einestheils das fremde Eigenthum vor Beschädigung von aussen bewahren (custodire), daß es nicht entwendet, zerstört, oder verschlimmert werde; er muß aber auch die gehörige Pflege auf die Sache verwenden, welche sich ohne Pflege nicht selbst erhalten kann. Er muß den gehörigen Fleiß anwenden, daß z. B. das Vieh gefüttert, daß die Kleider, welche er verwahrt, vor dem Vermodern geschützt werden u. s. w. Die Verwahrung allein würde oft nichts nützen, denn die Kleider z. B. in einem feuchten Gewölbe ganz sicher verwahrt, würden vermodern, das Vieh im finstern Stalle verschlossen, würde ohne Pflege verhungern, oder bey schlechter Pflege erkranken; und eben so würde oft die Pflege ohne gehörige Verwahrung nichts fruchten, denn die Kleider — in reiner Luft, aber an einem unverschlossenen Ort aufbewahrt, das Vieh — vortrefflich gepflegt, aber im offenen Stalle gehalten, würden gestolen werden u. s. w.

Unterläßt derjenige, welcher die Sache eines Dritten zu verwahren, und zu pflegen hat, eines oder das andere: so ist er eben so verantwortlich, wenn ein Schaden entsteht, als wenn er ihn selbst durch sein Handeln verursacht hätte. Er kann hier wie dort der Arglist, er kann aber in beiden Fällen auch nur des Versehens schuldig seyn.

§. 37.

Ganz in diesem Sinne sprechen die römischen Juristen von der *culpa.* Im negativen Verhältnisse — ausser der Sphäre der Verträge — gebrauchen sie immer das Wort *culpa*; im positiven oder Vertragsverhältniß aber sprechen sie gewöhnlich auch von *diligentia*, und *custodia.* In jenem Verhältniß kann nur von der *culpa in faciendo* die R de seyn, in diesem wäre von der culpa *in omissione diligentiae vel custodiae* zu sprechen. Die römischen Juristen gebrauchen aber nur den Ausdruck, daß diligentia und custodia eben so wie die culpa prästirt werden müssen. Meistens heißt es: culpam, diligentiam, et custodiam praestandam esse, und diese Redensart kann bestimmt nur so übersetzt werden: daß man nicht nur eine fremde Sache, die man inne hat, nicht selbst beschädigen dürfe (culpam); sondern daß man sie auch pflegen oder besorgen, (diligentiam) und verwahren (custodiam prästiren) müsse. Die römischen Gesetze sind aber Fragmente, sie sind selten oder nie erschöpfend. Darum ist oft nur von Einer dieser Verbindlichkeiten, von der culpa, oder der diligentia, oder auch von der custodia allein die Rede, obgleich es gewiß ist, daß das Versehen in jeder der dreyfachen Beziehung vertreten werden müße. Oft wird unter der culpa, wenn nicht von diligentia und custodia zugleich gesprochen wird, auch die culpa omissionis verstanden, und

häufig wird diligentia nicht in dem technischen Sinne der Wart und Pflege, sondern in der gewöhnlichen Bedeutung gebraucht, weßhalb öfters eine *diligentia custodiendae rei* gefordert wird. Auch die custodia, wo sie allein steht, wird oft auf die Pflege, und den Fleiß, welcher auf Erstattung der Sache verwendet werden muß, bezogen, meistens aber wird ihre Bedeutung durch den Beysatz erläutert, daß derjenige, welchem die custodia obliegt, darum nicht auch für unvermeidliche Unglücksfälle, und höhere Gewalt, für casus fortuiti und vis major, einzustehen brauche, ein Beweiß daß ganz einstimmig mit der Grammatik unter custodia die Verwahrung, und Beschüzung einer Sache gegen Beschädigung von aussen verstanden werde.

Die Menge von Gesetzstellen, woraus diese Theorie sichtbar hervorgeht, kann hier nicht angeführt, und ausgelegt werden *). Auch geht die Gewißheit, daß die

*) Die vorzüglichsten sind:
L. 18, pr. §. 1. commod. vel contr. L. 5. §. 5. und 15. ibid. — L. 1. §. 15. L. 32. Depositi v. contr. — L. 52. §. 2. und 3. L. 72. Pro socio und §. ult. I. de societ. — L. 2. §. 1. l. 3. de pericul. et commod. rei vend. — §. 5. I. de locat. cond. — L. 13. §. 1. L. 14. de pignorat. act. — L. 25. §. 7. L. 41. L. 57. Locati cond. L. 28. C. ibid. — L. 13. §. 16. L. 36. L. 31. pr. de act. emti vend. — L. 68. de contrah. emti vend. — L. 17. §. 2. und 4. de prae-

Ausdrücke diligentia und custodia nur von der culpa in non faciendo, oder von der Pflicht, fremde Sachen zu besorgen, und zu bewahren, verstanden werden könne, schon daraus hervor, daß sie nirgends gebraucht werden, wo nicht vom positiven Verhältniß, vermöge dessen man etwas Fremdes, oder wenigstens etwas, woran einem Dritten Rechte zustehen, inne hat, oder besitzt, die Sprache ist. Wie genau aber die römischen Juristen den Unterschied zwischen culpa in faciendo, und non faciendo gekannt haben, geht daraus hervor, daß sie die actio legis Aquiliae, welche auf die culpa in faciendo sich gründet, keinem durch culpa in non faciendo Beschädigten zugestanden, und daß sie dieselbe dagegen auch im Vertragsverhältnisse neben der Vertragsklage gestatteten, wenn ein Contrahent einer culpa in faciendo schuldig war. Das letztere ist in mehrern Stellen ausdrücklich verordnet

L. 18. §. 1. Commod. vel contra.

L. 42. l. 43. ad leg. Aquil.

Fälle dagegen, in welchen die actio legis Aquiliae nicht zulässig ist, weil der Schaden nicht durch wirkliches

---

script. verb. — §. 2. und ult. I. quib. mod. re contrah. oblig. — L. 19. C. de pign. et hypoth. — L. 7. C. arbitr. tutelae. — L. 24. C. de usuris. — L. 25. §. 16. fam. hercisc. — L. 17. pr. de jure dat. — L. 35. §. 4. de contrah. emt. — u. s. w.

Handeln, sondern durch Nichthandeln, durch Nachlässigkeit entstand, und wo daher in Ermanglung einer Vertragsklage durch eine actio in factum geholfen werden mußte, enthalten

L. 13. §. 2. de usufructu et quemadmod.

L. 57. locati cond.

L. 27. §. 9. ad leg. Aquil.

L. 91. pr. §. 1. de Verb. oblig.

Die beiden letzten Stellen sagen es mit ausdrücklichen Worten, daß die culpa *in faciendo*, nicht in *non faciendo* bestehe, und die L. 57. loc. cond. unterscheidet den unmittelbar verursachten Schaden genau von demjenigen, welcher nur mittelbar durch den Handelnden — *extrinsecus alia causa oblata*, veranlaßt wurde.

§. 38.

Nebst diesem qualitativen Unterschied der culpa, läßt sich noch ein quantitativer Unterschied denken, den die römischen Gesetze auch wirklich kennen, ohne darum eine eigentliche Eintheilung der culpa nach Graden zu begründen. Die Fahrlässigkeit besteht in der Untersuchung derjenigen Kraftanstrengung, welche erfordert wird, um die Widerrechtlichkeit, und positiv nothwendige Schädlichkeit einer Handlung einzusehen, oder die nicht nothwendig damit verbundene, aber möglicherweise daraus entspringende schädliche Folge abzuwen-

den. Wer es einsieht, daß nothwendig eine Beschädigung durch sein Handeln entstehen müsse, und dasselbe doch nicht unterläßt, der handelt arglistig (dolose), wenn er auch den Schaden nicht geradezu bezweckt, denn er will ihn durch die That selbst, und gebraucht ihn wenigstens als Mittel zum Zweck, so wie allenfalls der Raubmörder nicht den Mord, sondern nur den Raub will, aber jenen mit Wissen und Willen als Mittel zu diesem gebraucht. Von dem Arglistigen ist nur der Fahrlässige darinn unterschieden, daß er einen aus seiner Handlung nicht nothwendig entstandenen, oder wenigstens nicht als nothwendig erkannten Schaden, weder als Zweck noch als Mittel gewollt hat. Allein die Fahrlässigkeit kann eine totale, oder nur eine partielle seyn. Jene ist vorhanden, wenn der Fahrlässige seine Kraft gar nicht angestrengt hat, um die nothwendige Schädlichkeit seiner Handlung einzusehen, oder die möglich schädliche Folge zu verhüten, diese dagegen findet sich bey demjenigen, welcher zu diesem Zweck etwas — aber nicht genug gethan hat. *) Der total Fahrlässige will zwar

---

*) Wer z. B. in einem bewohnten Ort aus dem Fenster nach einem auf der nächsten Gartenhecke sitzenden Vogel schießt, wenn schon hinter der Hecke öffentliche Strasse ist, wo Menschen ohne von ihm gesehen zu werden, vorbeygehen, und getroffen werden können, der handelt total fahrlässig. Wer dagegen in gleichem Fall auf die Gasse herabgegangen

die Beschädigung nicht, wie der Arglistige, denn er weiß nicht, ob sie eintreten wird, und er hat sie nicht zum Zweck seines Handelns gemacht, aber er hat auch keinen thätigen Willen, die schädliche Folge zu verhüten, sie ist ihm ganz gleichgültig. Der Partiellfahrlässige hat seinen Willen, die Beschädigung zu vermeiden, durch wirklichen aber nicht vollständigen Gebrauch seiner freyen Kraft bewiesen. Hätte der Totalfahrlässige die Nothwendigkeit der schädlichen Folge gekannt, er hätte dann die Handlung vielleicht doch unterlassen, und insoferne ist er von dem indirect Arglistigen, welcher zwar die Beschädigung nicht als solche bezweckt, aber als Mittel zum Zweck zu gebrauchen sich nicht scheuet, unterschieden; allein er wußte doch, daß sie leicht entstehen könne, er sah die Gefährlichkeit seines Handelns, und wollte wenigstens, da er sie zu vermindern nichts that, diese Gefährlichkeit. Er gebrauchte, wie der Arglistige das positiv Schädliche, so das möglich Schädliche zu seinem Zweck, und insoferne ist er dem Arglistigen gleich.

---

wäre, um beym Schusse niederer, als sein Ziel zu stehen, und zu bewirken, daß das tödtliche Bley auf jeden Fall hoch über denjenigen, die etwa ausser der Hecke seyn könnten, wegfliegen müsse, der handelt — von policeylichem Verbote abgesehen — entweder (man setze eine den Menschen unzugängliche Lage, wo die Kugel herabfallen muß) gar nicht — oder nach Umständen nur partiell fahrlässig.

Diesen Unterschied, zwischen totaler und partieller Fahrlässigkeit haben die römischen Juristen gekannt, oder wenigstens gefühlt. Sie nannten die erstere culpa lata, und stellten sie dem dolus gleich. *) Zwar haben sie den Begriff nirgends bestimmt, sie sprechen, im Allgemeinen blos von einer culpa lata, magna, dolo proxima, dissoluta negligentia, und beschreiben sie als: non intelligere, quod omnes intelligunt. **) Allein die Jurisprudenz wird nicht irren, wenn sie dem unbestimmten Begriff des Gesetzes obigen bestimmten aus der Natur der Sache abgeleiteten Begriff unterstellt.

Diese totale Fahrläßigkeit nun, culpa lata, welche dem dolus gleich geachtet wird, hat keine Grade. Sie ist der gänzliche Mangel an gutem Willen, gänzliche Unthätigkeit für die Pflicht. Die partielle Fahrlässigkeit dagegen hat unendliche, und eben darum keine bestimmte Grade, wie schon oben vorgekommen, sie ist somit keiner weitern Eintheilung fähig, und das römische Recht kennt auch wirklich keine weitere Eintheilung. Zwar nimmt es in gewissen Fällen einen besondern Maaßstab an, wornach die culpa bemessen wer-

---

*) S. oben §. 33.

**) L. 213 §. 2, 223, 226, de Verb. sign. L. 22 §. 3 ad SC. Trebell. L. 47 §. 5. de legat. I. L. 29. pr. mandati.

den soll; er berücksichtigt nemlich in einzelnen Fällen *) die subjective Fähigkeit des Fahrlässigen, und berechnet seine Schuld hiernach — *in concreto*. Diese culpa in concreto ist aber nicht eine dem Grade, sondern eine der Art nach von der culpa in abstracto verschiedene culpa, und sie geht uns hier nichts weiter an.

§. 39.

Nach Ausscheidung der culpa in concreto, welche nur in besondern Verhältnissen zur Sprache kommt, und der culpa lata, welche in das Gebiet des Dolus verwiesen ist, bleibt uns nun nur Eine, unendliche Gradationen fähige — aber eben darum reell untheilbare culpa, die culpa im eigentlichen Sinne, übrig. Diese culpa begreift die culpa omissionis — culpa in non faciendo, unter sich. Wo aber letztere anwendbar ist, bedienen sich die römischen Juristen, wie schon bemerkt worden, meistens des Ausdrucks, daß diligentia, und custodia prästirt werden müsse, im negativen Verhältniß aber sprechen sie gewöhnlich von der culpa ohne alles weitere Beywort. Nur hie und da **) wird sie *levis*, und einmal ***) *levis-*

*) L. 72. pro socio. L. 25. §. 16. fam. hercisc. L. 24 §. 5. soluto matrim. L. 17. pr. de jure dat. L. 1. pr. de tut. et rat. distrah.

**) L. 7. C. Arbitr. tut. L. 20. C. de neg. gest. L. 22. §. 3. ad SC. Trebell. L. 47. §. 5. de legat. I.

***) L. 44. ad Leg. Aquil.

sima genannt. Aus diesem Grund glaubte man die culpa nach Graden mit reeller practischer Folge abtheilen zu müssen. Allein daß die römischen Juristen an diese Zerstückelung eines untheilbaren Begriffs, wodurch die Anwendung des Gesetzes im Leben unmöglich gemacht wird, nicht dachten, ist leicht erweislich.

Schon die fragmentarische Gestalt des Corpus juris bringt es mit sich, daß die Ausdrücke in allen Stellen nicht gleich seyn können. Beyspiele finden sich auf jedem Blatt. Selbst in dem nemlichen Titel ad leg. Aquil. wird ausser dem 44. Fragm. von Ulpian, immer nur von der culpa überhaupt gesprochen. Der nemliche Ulpian gebraucht sonst nirgends ein Beywort, wenn er in diesem Titel von der culpa spricht. Käme etwas auf den Ausdruck, levissima, an, und hätten die Römer einen Unterschied zwischen culpa levis und levissima gekannt, so hätten gewiß auch andere Juristen, den Grad der culpa welche bey Beschädigungen nach dem Aquilischen Gesetz vertreten werden müsse, angegeben. Dieses ist aber, wie gesagt, nicht der Fall. So z. B. setzt Ulpian in l. 5. §. 1 den Begriff der durch die lex Aquilia verbotenen injuria, in das damnum *culpa* datum, und Paulus sagt, in l. 30. §. 2. „in hac actione et dolus et *culpa* punitur." Hätten sie nicht — besonders letzterer das levissima beysetzen müssen, wenn zwischen culpa, und culpa levissima ein richterlicher Unterschied wäre? Das nemliche gilt von §. 3. l. ad leg.

Aquil. „non minus ex dolo, quam ex *culpa* quisque hac lege tenetur“.

Hiernächst kommen Stellen genug vor, welche klar beweisen, daß die Römer auch unter der culpa levis den geringsten — so wie den höchsten Grad des aus partieller Fahrlässigkeit hervorgegangenen Versehens begriffen haben. So heißt

in l. 31. §. 12. de aedilit. edicto

die der culpa lata entgegengesetzte culpa, *culpa omnis;*

in l. 72. pro socio

wird die der culpa in concreto entgegengesetzte culpa in abstracto als diejenige bezeichnet, welche *ad exactissimam diligentiam* dirigenda est;

nach l. 36. de act. emti vend.

ist man dann von der *culpa* frey, si *omnia* facta sunt, quo *diligentissimus quisque* observaturus fuisset.

Die Prädicate der culpa, welche in den römischen Gesetzes-Fragmenten vorkommen, müssen somit lediglich auf Rechnung des Wohllauts, oder höchstens auf Rechnung der Stimmung geschrieben werden, vermöge welcher der Fragmentist sich einmal energischer ausdrückte, als das anderemal. Diese Verschiedenheit des Ausdrucks ist am sichtbarsten, wenn von der culpa in non faciendo, oder der diligentia, und custodia gesprochen wird. Bald muß diligentia, und custodia

schlechthin, bald diligentia, qualem diligentissimus paterfamilias adhibet, oder custodia diligens, bald diligentia exacta, oder exactissima, bald diligentia, qualem idoneus paterfamilias, oder paterfamilias bona fide adhibet, bald diligentia exactior, bald custodia, qualem diligentissimus paterfamilias adhibet, u. s. w. prästirt werden, und oft bezieht sich die so verschieden bezeichnete diligentia und custodia auf einen und den nemlichen Vertrag. *)

Die vorzüglichste, wo nicht einzige Schwierigkeit, welche dieser Theorie entgegen steht, liegt in l. 5. §. 2. commod. v. contra. Hier sagt Ulpian:

„Nunc videndum est, qui veniat in commodati actionem, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum solum dolum, interdum et culpam praestamus. Dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus. — — — Sed ubi utriusque utilitas

*) L. 18. pr. com. v. contr. L. 5. §. 5. ibid. L. 14. de pign. act. §. ult. I. quibus mod. re contr. oblig. L. 10. de adm. et peric. tut. L. 33. ibid. §. 5. I. loc. cond. §. 1. I. de oblig. quae quasi ex contr. §. 2. I. quib. mod. re contr. oblig. u. a. m.

vertitur, ut in emto, locato, in dote, in pignore, in societate et dolus et culpa praestatur. Commodatum vero plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur, et ideo verior est, Quinti (Minucii) sententia existimantis, *et culpam prestandam, et diligentiam.*“

Hiernach scheint Ulpian von dem Commodatar einen höhern Fleiß zu fordern, als von andern Contrahenten, welche den Nutzen des Vertrags mit den Mitcontrahenten theilen. Allein wahrscheinlich hat Ulpian hier den Ausdruck: diligentiam nur darum gebraucht, weil die letzten Worte blos allegirt sind, und den Ausdruck des Quintus Minucius enthalten. Schon die Stellung der Frage, welche Ulpian aufwirft, begründet diese Vermuthung. Die Frage enthält nemlich nur drey Glieder — *dolus*, *culpa*, und *periculum*; wäre die diligentia von der culpa verschieden: so müßte die Frage vier Glieder enthalten. Ulpian selbst hätte also wahrscheinlich das Wort diligentia gar nicht beygesetzt, hätte es nicht sein Gewährmann, dessen Worte er anführt, gebraucht gehabt. Im nemlichen Sinne sagt er in l. 13. §. 1. de pignorat. actione:

„venit in hac actione et dolus et culpa, *ut in commodato*, venit et custodia *vis major* non venit.“

Offenbar fordert hier Ulpian vom Pfandinhaber die nemliche Fleißverwendung auf die fremde Sache, wie vom Commodatar ohne daß er deßhalb die diligentia zu nennen für nöthig hält. Der Pfandinhaber, sagt er, müsse für alles stehen, wie der Commodatar, nur nicht für höhere Gewalt. Die Ausnahme beweißt, daß in der Regel alle Verantwortlichkeit, welche der Freyheit aufgebürdet werden kann, enthalten sey. Die volle Uiberzeugung aber, daß Ulpian unter *diligentia* hier nichts verstanden haben könne, was dem Grade nach von *culpa* verschieden wäre, daß folglich beym Commodatar keine diligentia gefordert werde, die nicht auch bey den vorher genannten Verträgen, als Kauf, Miethe u. s. w. erforderlich seyn könne, geht daraus hervor, daß bey den letztern die diligentia an manchen Orten ausdrücklich gefordert wird. So muß nach §. 15. des nemlichen Fragments nicht blos der Commodatar, sondern auch der Miether

„et dolum et culpam *et diligentiam* et custodiam"

prästiren. Der nemliche Ulpian fordert hier vom Miether die diligentia, wovon er ihm nur kurz zuvor frey gesprochen hätte! Eben so ist auch — l. 36. de act. emti. vend. — l. 68 de contr. emt. vend. — der Verkäufer zur *diligentia* verbunden, und das nemliche wird vom Pfandgläubiger gefordert, wenn es in l. 14. de pignor. act. heißt:

„ea igitur, quae *diligens* paterfamilias in suis rebus praestat, a creditore exiguntur.“ *)

Es ist mithin nicht zu zweifeln, daß die Römer außer der culpa lata nur Ein Versehen kannten, welches zwar durch Handeln oder Nichthandeln begangen werden kann, aber keine rechtliche Eintheilung nach Graden zuläßt. Wer einen Andern durch geflissentliches Handeln, oder wo er sich der Sache eines Dritten anzunehmen schuldig ist, durch geflissentliches Nichthandeln schadet, der ist des Dolus schuldig, und muß allen Schaden ersetzen. Auf gleicher Linie mit dem Arglistigen steht der Totalfahrlässige, welcher zwar den durch Handeln verursachten, oder durch Nichthandeln zugelassenen Schaden nicht als nothwendige Folge seines Benehmens voraussah, aber gar keine Mühe anwendete, um die als möglich erkannte schädliche Folge seiner Thätigkeit oder Unthätigkeit abzuwenden. Wer dagegen zur Abwendung der Gefährlichkeit seines Handelns, oder zur Abwendung des

*) Diese Gesetze sind es auch vorzüglich, welche nebst der Natur der Sache der neuen übrigens sehr scharfsinnigen Theorie des Herrn Schömann — Lehre vom Schadensersatz 1ten Theil 1806. — entgegen stehen, und welche ihr nebst andern Gründen von dem Recensenten in den Heidelberger Jahrbüchern für Jurisprudenz Jahrgang I. Heft I. entgegengesetzt wurden.

durch Unthätigkeit möglichen Schadens etwas — aber nicht alles that, wer somit seinen guten Willen durch Thätigkeit bewieß, aber nicht alle Energie gebrauchte, welche er gebrauchen konnte und sollte, um den Schaden abzuwenden, der ist der Fahrläßigkeit im eigentlichen Sinne — der partiellen Fahrlässigkeit, schuldig, und ist in gewissen Fällen (in deposito und praecario sagt L. 23. de R. I.) von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz befreyt. *) Es fragt sich nun aber, ob nicht die Analogie des römischen Rechts die beym Proceßführen zu vertretende culpa auf die culpa lata beschränken — oder über die culpa im eigentlichen Sinn erweitern lasse?

§. 40.

II. Die beym Proceßführen zu vertretende culpa kann nicht auf die culpa lata beschränkt werden.

---

*) Daß das römische Recht keine objektive Regeln angiebt, nach welchen das Daseyn einer culpa äusserlich beurtheilt werden sollte, ist in Bezug auf die Proceßkostenerstattung schon oben bemerkt, und diese Bemerkung gilt auch hier in der Lehre von culposen Beschädigungen überhaupt. Ohne Zweifel lassen sich objective Regeln aufstellen, wie sie oben hinsichtlich der Verschuldung beym Proceßführen aufzustellen versucht wurden. Materialien bietet das römische Recht hiezu viele dar.

Es ist schon anfangs bemerkt worden, daß diejenigen Schriftsteller, welche den sachfälligen Proceßführer nur wegen Arglist, oder grober Nachläßigkeit zur Erstattung der Proceßkosten verbinden, diese Erstattung nach römischem Rechte, als eine Strafe betrachten. Hiefür scheint die Uiberschrift des 16ten Titels im 4ten Buch der Instiutionen, und §. 6. in l. 13. C. de. judiciis zu sprechen, indem es in seiner Uiberschrift heißt: de *poena* temere litigantium, letzteres Fragment aber die Worte enthält: „si hoc (die Verurtheilung zur Kostenerstattung) praetermiserint (judices) ipsi de proprio hujusmodi *poenae* subjacebunt.' Allein in dieser Stelle möchte sich wohl der Ausdruck *poena* vorzüglich auf den Richter beziehen, welcher, wenn er die Verurtheilung der Schuldigen zum Kostenersatz unterläßt, denselben zur Strafe seiner Nachlässigkeit selbst leisten soll; *) und die Uiberschrift „de poena temere litigantium" beweißt es noch nicht, daß die unter dieser Rubrik behandelte Kostenerstattung als Strafe zu betrachten sey. Es würde sonach auch der Calumnieneid als Strafe anzusehen seyn, da auch er unter dieser Rubrik behandelt wird. Wenn aber auch die römischen Juristen den Kostenersatz im Processe als Strafe angesehen hätten:

*) Auch handelt diese Stelle, wie oben gezeigt wurde, blos von den Contumacialkosten, und stempelt die Kostenerstattung zur Contumacialstrafe.

so kann doch diese Ansicht — als der Theorie angehörig, wie schon Eingangs erläutert wurde, nichts entscheiden. Die Römer nannten vieles Strafe, was nicht Strafe ist, und diese Unbestimmtheit des theoretischen Begriffs erklärt sich leicht daraus, daß die Römer Privatstrafen hatten, welche gewöhnlich auch die Stelle des Schadensersatzes vertraten. Der Beschädigte bezog die Strafe, und erhielt dadurch zugleich seine Entschädigung. Selbst von der einfachen Entschädigung, welche man mittelst der Aquilischen Klage erhält, und welche durch die geringste Schuld begründet wird, gebraucht Paulus in der schon angeführten l. 30. §. 2. ad leg. Aquil. den Ausdruck „in hac actione et dolus et *culpa punitur*". *)

Schon hierinn liegt ein hinreichender Beweiß, daß die Ansicht des Kostenersatzes als einer Strafe über den Grad der Schuld, wodurch die Verbindlichkeit dazu begründet wird, nicht entscheide. Es giebt aber noch andere, tiefer liegende Gründe gegen diese Meinung, wie es sich weiter zeigen wird.

§. 41.

Die römischen Juristen haben es in einzelnen Materien mit dem Versehen streng genommen. Dieses ist,

---

*) So heißt es auch lediglich in Bezug auf Schadensersatz l. 60. de rei vind. „quod infans vel furiosus possessor perdidit, vel corrupit, impunitum est."

wie wir bisher gesehen haben, bey Verträgen, und vorzüglich bey Beschädigungen wider das Aquilische Gesetz der Fall. Einige andere Materien werden noch unten vorkommen. Dagegen scheinen sie bey manchen Gegenständen, das Versehen gar nicht zu achten. Bey Verbrechen wird meistens nur vom Dolus gesprochen, und beym Besitze entschuldigt immer die *bona fides.* Sollte nicht hieraus gefolgert werden können, daß das römische Recht überall, wo nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnet ist, das Versehen verzeihe, und somit auch beym Proceßführen nur der Dolus, und die ihm gleichgestellte culpa lata zum Kostenersatz verbindlich mache, besonders da einige Ausdrücke der oben angeführten Gesetze darauf hinzudeuten scheinen, wenn z B. nur der *improbus, temerarius* litigator die Kosten zahlen muß, derjenige aber „qui conventus *bona fide* solvitit" von dieser Verbindlichkeit frey ist?

Um diesen Zweifel zu beseitigen, müssen wir näher in den Geist des römischen Rechts eindringen.

Die äusserliche Handlung des Menschen ist immer der Ausdruck seiner innern Geistesthätigkeit. Was der Mensch thut, das will er thun, und mit dem Thun hängt die Wirkung des Thuns mittelst des Causalverbands unzertrennlich zusammen. Aus dem letzten Grunde faßt man die nemliche Handlung zunächst in ihrem Erfolge auf. Der Erfolg gilt für die Handlung. Wer z. B. ein geladenes Gewehr auf einen Menschen losschießt, und

ihn tödtet, der kann nicht sagen, daß er nicht habe tödten wollen. Es ist möglich, daß er nur eine Verwundung bezweckte, allein er wußte, daß der Todtschlag so gut eine nothwendige Folge seiner Handlung seyn konnte, als die Verwundung. Hat er mithin die Handlung gewollt, welche Ursache der Tödtung seyn kann, ohne daß er diese Folge abzuhalten vermochte: so hat er auch die Folge gewollt. Man kann diesen Willen als das Product eines indirecten Dolus ansehen, und dieser Dolus ist allerdings von dem directen verschieden, welcher die Tödtung als Zweck setzt. *) Allein die

*) Der dolus indeterminatus ist dem directen Dolus noch näher, als der indirecte. Wer in dem angenommenen Beyspiel nicht blos die Verwundung, an deren statt die Tödtung folgen kann, sondern auch zugleich alternative die Tödtung bezweckte: der hat ja seinen Zweck directe, wie der directe Dolus, auf die Tödtung gerichtet, aber weil er weiß, daß er statt der Tödtung vielleicht nur die Verwundung erreiche, begnügt er sich auf den Fall des Mislingens, mit diesem Erfolg. Denn daß es ihm gleichgültig wäre, welchen Erfolg er bewirke, ist nicht denkbar; er kann nicht tödten und verwunden, sondern er muß das Eine bestimmt wollen. Er kann nur Einen bestimmten Zweck haben, und der andere kann ihm nicht coordinirt, sondern nur subordinirt seyn. Der indeterminirte Dolus muß daher nothwendig, je nachdem der Handelnde die Tödtung, oder nur die Verwundung zunächst wollte, mit dem directen oder indirecten Dolus zusammenfallen, und er ist von beiden nur

Tödtung bleibt auch im ersten Falle eine gewollte, weil die Handlung, deren unzertrennliche Folge sie seyn konnte, gewollt war. Faßt man also die Handlung von dieser Seite des davon unzertrennlichen, vom Handelnden selbst, wenn er einmal handelt, nicht mehr abwendbaren Erfolgs auf: so ist immer die Handlung mit dem Erfolg identisch. Es kann von keiner culpa, sondern höchstens vom dolus indirectus die Rede seyn.

Allein die Erfahrung zeigt bald, daß der Erfolg nicht immer so genau mit der Handlung zusammen hängt. Oft schlägt derselbe ganz anders aus, als ihn der Handelnde sich gedacht hatte. Zwar kann er immer nur als nothwendige Wirkung einer Ursache aufgefaßt werden, aber die Ursache kann entweder dem Wesen des Handelnden fremd geblieben seyn, oder sie kann auch zum Theil ausser der Handlung liegen, wenn erst ein äusserer zufällig hinzugekommener Umstand den durch die Handlung etwa nur möglich gewordenen Erfolg verwirklicht. In beiden Fällen ist die im Erfolge aufgefaßte Handlung nicht diejenige, welche von dem freyen Subjecte ausgieng, die treue Darstellung der innern Thätigkeit im

---

darinn verschieden, daß er neben dem Hauptzweck noch einen eventuellen Nebenzwek hat, wogegen der directe, und indirecte Dolus nur einen Hauptzweck hat, den eventuellen alternativen Erfolg aber, den er auch als möglich und von ihm nicht abwendbar voraussieht, vom Zwecke ausschließt.

Aeussern ist dem Geiste mißlungen, weil er die materielle Welt nicht vollständig beherrschte. Hier kommt es darauf an, ob der Geist des Stoffes wirklich nicht Meister werden konnte, oder ob er blos aus Mangel an Energie die Materie herrschen ließ. Um dieses zu beurtheilen, müssen alle individuelle Merkmale der Handlung aufgefaßt, der Mensch muß — nicht in der Wirkung sondern in der Handlung beobachtet werden. Hat er im individuellen Falle alles gethan, was ein vernünftiger Mensch thun kann, um die Materie vernunftmäßig zu beherrschen, so ist er schuldfrey, wenn ihm die Herrschaft nicht gelang. Wer in die Scheibe schießt, und einen ihm unversehens in den Schuß tretenden Menschen tödtet, ist schuldfrey; wer aber auf öffentlichem Wege nach einem beliebig gewählten Ziel schießt, ist im gleicher Fall nicht ausser Verantwortung, weil er wußte, daß ihm hier Menschen — nicht wie dort unberufen, — sondern im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit sich nicht vorsehend — in den Schuß treten können.

§. 42.

Wenn nun die römischen Gesetze ursprünglich die menschliche Handlung nur in ihrem Erfolge auffaßten — und das ist offenbar der Fall *): so mußte die Jurispru-

---

*) So sagt z. B. das 12 Tafelgesetz: „si quis alteri damnum faxit, quod, usserit, fregerit, ruperit injuria etc. damnas esto.“ Wer einen Scha-

denz in's Mittel treten, und diejenigen Handlungen, welche nicht als identisch mit ihrem Erfolg betrachtet werden können, von der Strenge des Gesetzes ausnehmen. Aber mit Einem Grundsatz war hier nicht alles gethan. Die Kluft zwischen der als nothwendig erkannten — und der blos zufällig schädlichen Handlung ist zu groß, als daß in jeder Materie des Rechts gleiche Grundsätze gelten könnten. Insbesondere mußte die Strafe von dem Schadensersatz getrennt, und wo es der erstern galt das Versehen entschuldigt werden. *) So wurde die Lehre von der culpa nach Verschiedenheit der Rechtsmaterie verschieden ausgebildet, und wo sie gar nicht ausgebildet wurde, können wir die culpa nur nach der Analogie bestimmen.

Dieses vorausgesetzt können wir nun die Verbindlichkeit der Proceßkostenerstattung — so wie nicht wegen der Ansicht als Strafe — auch nicht aus dem Grunde auf die culpa lata beschränken lassen, weil sie nach §. 1. I. de poena temere litigantium ein Surrogat der Calumnienstrafe seyn soll. **)

---

den anrichtet, muß ihn ersetzen: erst die Jurisprudenz fügte bey: insoferne die schädliche Handlung durch Freyheit verschuldet ist.

*) Weil das Gesetz nur den höchsten auf das dolose Verbrechen passenden Grad von Strafe ausgesprochen hatte.

**) Dieser Grund würde übrigens, wenn auch die Voraussetzung, daß die Calumnienstrafe ohne culpa lata

Die hier genannte Strafe war eine Privatstrafe, womit ungerechte Kläger belegt wurden, und welche in dem zehnten Theil des Klagobjects bestand. Daß diese — den Schadensersatz in sich fassende Strafe, nur auf den Grund eines verschuldeten Dolus, oder der culpa lata erkannt werden konnte, ist unerweißlich.

Der Begriff der Calumnie ward von den Römern ursprünglich gewiß so objectiv genommen, als andere Begriffe. Wer einen ungerechten Proceß geführt hatte, war Calumniant, und so konnte nach dem Buchstaben des Gesetzes der subjectiv betrachtet ganz Unschuldige der Calumnie eben so wohl schuldig werden, als er dem Aquilischen Gesetz anheimfallen konnte. Die Jurisprudenz mußte auch hier die Einschränkung machen: insoferne der ungerechte Proceßführer nicht ohne seine Schuld irrte. Ob sie diese Einschränkung in Bezug auf diese Materie gemacht, ob sie dieselbe auch so, wie manche andere ausgebildet habe, ist uns nicht bekannt, denn diejenige Calumnie, welche im Pandec-

---

nicht statt fand, richtig wäre, doch nichts beweisen, weil ein an die Stelle eines alten als unpassend aufgehobenen Gesetzes gekommenes neues Gesetz nicht nach den Grundsätzen des alten beurtheilt werden kann. Der Satz, daß das Surrogat die Natur des Dinges annehme, dem es surrogirt worden, paßt durchaus nicht auf neue Gesetze, und Hennemann hat ihn hier sicher unrichtig angewendet.

tenkitel de calumniatoribus, und im Pandectentitel ad Senatusconsultum Turpillianum, dann im Codex de calumniatoribus, behandelt wird, ist von der obigen ganz verschieden. Im Pandectentitel de calumniatoribus nemlich, ist vom Gebrauche des Processes zu Gelderpressungen die Rede, und die Strafe ist das Quadruplum. Im Titel ad SC. Turp. aber, und im Codex wird diejenige Calumnie behandelt, welcher sich der falsche öffentliche Ankläger schuldig macht; und hierauf steht die nemliche Strafe, welche den Angeklagten getroffen hätte, wenn er schuldig befunden worden wäre. Die Lehre von der ersten Art der in Prellereyen bestehenden Calumnie, kann uns hier keine Erläuterung geben, denn die Gelderpressung läßt sich nicht wohl ohne Dolus denken, und es ist daher in ihr von der culpa keine Sprache, aber die Lehre von der zweiten in falschen Anklagen bestehenden Calumnie, liefert uns treffliche Belege für unsere Meinung. Mehrere Stellen binden nemlich den Begriff der Calumnie an den Erfolg. So sagt

> l. 8. C. de calumniat. „non luere in eo, quod non *possit ostendi*, judicum animos commoveri."

Der Ankläger kann die beste Ueberzeugung gehabt haben, aber er ist Calumniant, weil er seine Anklage nicht rechtsbehörig beweisen kann.

L. 9. ibid. „fallaciter incusantibus *nullius juris color* proficiat.“

Daß das fallaciter objectiv genommen sey, ist klar, denn es soll ja kein Schein des Rechts entschuldigen, und der Schein des Rechts mußte doch nach Umständen die bonam fidem beweisen können.

L. 2. ibid. „mater inter eas personas est, quae sine calumniae timore necem filii sui vindicare possunt.“

Sollte die Mutter wider besseres Wissen einen Unschuldigen anklagen dürfen? Offenbar ist hier nur soviel gesagt, daß von ihr keine Calumnie vermuthet werde, wenn auch der Angeklagte unschuldig befunden wird, wogegen dieser Befund gegen andere Ankläger den Beweiß der Calumnie enthält.

L. 15. C. de accusat. „criminis accusationem *cum periculo calumniae* instituere, minime prohiberis.“

Es geht auf deine Gefahr, wenn du klagst, sagt das Gesetz. Hätte es sich wohl so ausdrücken können, wenn die Calumnienstrafe nicht von dem Erfolg abgehangen wäre? —

Aber freylich spricht in diesen Gesetzen der rohe Buchstabe. Die Jurisprudenz kam zu Hülfe, und entschuldigte den Ankläger, wenn er eine gerechte Ursache zur Anklage hatte.

L. 3. C. de calumn.

Eine gerechte Ursache möchte aber nur dem zur Seite stehen, welcher ganz ohne verschuldeten Irrthum geklagt hatte. Dieses war hier, wo es einer strengen öffentlichen Strafe galt, noch zu hart, Marcian verzeiht daher

l. 1. §. 5. ad SC. Turp.

auch das Versehen — temeritatem, und inconsultum calorem, *) und so darf dann bey der öffentlichen Anklage nur Dolus und culpa lata vertreten werden. Die Calumnie der öffentlichen Anklage setzt jene große Verschuldung voraus.

Aber würden wohl die römischen Juristen mit ihrem gesunden Gefühl auch die Calumnie im Civilproceß, welche mit dem zehnten Theil des Klageobjects gestraft wurde, auf die culpa lata reducirt haben, wenn sie dieselbe ausgebildet hätten? Würde sie nicht das Princip des Schadensersatzes geleitet haben, daß sie hier, wie bey der Materie des Aquilischen Gesetzes die Ver-

*) Wenn man hier nicht auch die totale Fahrlässigkeit — culpa lata — entschuldigen will, so liegt in dieser Stelle noch ein Beweiß, daß der temerarius litigator nicht blos ein solcher ist, welcher in culpa lata sich befindet, denn die Temeritas welche hier entschuldigt wird, wird da, wo von Proceßkostenerstattung die Rede ist, nicht entschuldigt.

antwortung aller Schuld gefordert hätten? *) Schwerlich wird man hieran zweifeln können. Wenigstens beweißt obige Stelle, worinn dem Ankläger die Temeritas zu gut gehalten wird, daß die Calumnie bey öffentlichen Anklagen mit der Verbindlichkeit zum Proceßkostenersatz, hinsichtlich welcher die *Temeritas* nicht verziehen wird, nicht nach gleichen Grundsätzen im römischen Recht beurtheilt worden, und daß folglich auch wir sie nicht gleich beurtheilen dürfen.

§. 43.

Auch die bona fides der Römer ist kein Privilegium für Nachläßige. Auch sie wird lediglich objectiv genommen, und hier bedurfte es der Aussöhnung zwischen Objectivität und Subjectivität nicht, weßwegen die Lehre von der culpa nicht auf die bona fides angewandt wurde. In bona fide ist nemlich nach römi-

---

*) In diesem Sinne verstehe ich auch l. 4 C. de fructib. et lit. expens. „non ignoret is, cujus ex interpellatione aliquis secundum datam formam in longinqua fuerit protractus examina, quodsi culpa sua dilata fuerit cognitio — — — pro calumnia quidem poenam luat, legibus constitutam, pro pecuniaria vero causa post sumtus considerata postulatorum quantitate, vel medii itineris intervallo, condemnationem pro aestimatione judicis sustinebit.

schem Recht nicht schon derjenige Besitzer, welcher vom Dolus frey ist, sondern es wird dazu erfordert, daß er die Sache mittelst eines gerechten Titels erworben habe. *) Der gerechte Titel vertritt die Stelle der Fleißanwendung, und Aufmerksamkeit. Wer eine Sache von demjenigen, den er für den Eigenthümer hält, kauft, der ist frey von der culpa, welche gegen Dritte verantwortet werden muß. — Ein Beweiß, daß der gute Glaube allein — insoferne er nicht ein auf hinlängliche Umsicht und Aufmerksamkeit gegründeter, durch keine Fahrläßigkeit verschuldeter guter Glaube ist, — nicht entschuldige, liegt darinn, daß der gute Glaube mit der Litiscontestation, und überhaupt schon dann verschwindet, wenn dem Besitzer die Sache streitig gemacht wird, **) denn dadurch wird offenbar noch nicht die Uiberzeugung seines Unrechts begründet; aber er wird zum Zweifel veranlaßt, und muß es nun für möglich halten, daß der Anspruch des Dritten gegründet seyn könne. Vorher wußte er nichts von einem solchen Anspruch, er ist also ganz schuldfrey, wenn er die Sache auf den Grund seines gerechten Erwerbstitels

*) §. 35. I. de rer. divis.
L. 13. de publ. in rem. act.
L. 25. §. 3. de hered. petit.

**) L. 25. §. 7. de hered. petit.

für sein Eigenthum ansah, weshalb er auch darüber, wie über sein Eigenthum, ohne alle Verantwortlichkeit schalten und walten kann*); sobald er aber den Anspruch erfährt, nutzt ihm sein guter Glaube nichts mehr; er muß nun der Sache näher nachforschen, um sich von der Richtigkeit des Anspruchs zu überzeugen. Bevor er diese Uiberzeugung erhält, ist er sein Recht aufzugeben nicht schuldig, „non debet temere jus suum indefensum relinquere" **) und er haftet daher auch nicht für den Zufall, wie der praedo, ***) wohl aber für culpa.****) Die bona fides des Besitzers vor der litiscontestation ist somit nicht blos die Reinigkeit vom Dolus, sondern auch die Reinigkeit von der *culpa*. Wer letztere nicht durch einen gerechten Titel bekunden kann, ist nicht bonae fidei possessor.

„Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, *lege non prohibente* se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore eme-

---

*) L. 30. §. 3. de hered. petit.

**) L. 40. de hered. petit.

***) L. 40. pr. de hered. petit.

****) §. 2. I. de officio jud.
L. 4. §. 2. fin. reg.

rit, bona fide emisse videtur“ l. 13. §. 2. de publ. in rem act.

Wer aber z. B. vom Pupillen, auch mit Genehmigung des Vormunds Immobilien kauft, ohne daß ein obrigkeitliches Veräusserungsdecret vorhanden ist — *lege prohibente*, — der ist nicht als bonae fidei Besitzer der erkauften Immobilien anzusehen. Er kann sich bona fide darauf verlassen haben, daß der Vormund das Veräusserungsdecret bewirkt habe, aber seine bona fides nützt ihm nichts, er hat *lege prohibente* gekauft.

Gegen unsere Darstellung, daß die bona fides als Reinigkeit von aller culpa zu betrachten sey, liesse sich nur dieses einwenden, daß auch derjenige, welcher mittels eines gerechten Titels erwirbt, dennoch der Fahrlässigkeit schuldig seyn könne. Allein objectiv läßt sich hier keine culpa denken. Wer auf gesetzliche Art erwirbt, von dem kann nicht gefordert werden, daß er von seinem Gewährsmann erst die Legitimation verlange, und sich ohne den Beweiß, daß derselbe zur Veräusserung befugt sey, mit ihm nicht einlasse. Subjectiv kann vielleicht der Erwerber zweifeln, ob derjenige, von welchem er erwerben will, wirklich Eigenthümer, oder überhaupt zu Veräusserung befugt sey, aber da es sich mit dem freyen Verkehr nicht verträgt, erst Nachforschungen hierüber anzustellen, und diese Nachforschun-

gen auch selten etwas nützen würden, so muß jeder Contrahent dem andern auf sein Wort glauben *), und dieser Glaube **) bona fides — schließt somit alle Verschuldung aus, so lange der Erwerber von dem wirklichen Anspruch eines Dritten nichts weiß, welchenfalls er allerdings noch ohne Dolus — ohne Gewißheit, daß der Anspruch gegründet sey, aber nicht mehr *bona fide* contrahiren kann.

Die bona fides ist hiernach dem Dolus nicht contradictorisch entgegengesetzt, sondern es liegt noch eine *bona fides culposa* — wenn man sich so ausdrücken darf, in der Mitte; aber die römische Jurisprudenz berücksichtigt diese bona fides culposa nicht, weil überhaupt die culpa in der Regel überall verantwortlich macht. Die bona fides culposa ist rechtlich

*) L. 7. §. 11. de publ. in rem act.

**) Auch in l. 109. de V. S. ist die bona fides nicht anders definirt, wenn es heißt: „bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit, eum, qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem, aut tutorem esse; denn sein Dafürhalten, daß der Verkäufer zum Verkauf — als Eigenthümer oder Procurator 2c. befugt sey, kann sich wohl nur darauf gründen, daß er demselben auf sein Wort glaubt.

von der mala fides nicht verschieden, so wie die culpa auch bey Beschädigungen, welche unter dem Aquilischen Gesetz stehen, und bey Verträgen — mit wenigen Ausnahmen, vom Dolus, in Bezug auf Erzeugung der Schadensersatz-Verbindlichkeit, nicht verschieden ist.

Daß der Rechtsirrthum die mala fides ausschließt *) kann natürlicher Weise diese Darstellung nicht entkräften, denn der Rechtsirrthum muß hier wie überall nach allgemeinen Regeln beurtheilt werden, und kann nur insoferne zur Entschuldigung dienen, in wieferne der Irrende seinen Irrthum nicht zu vermeiden vermochte. Hierüber werden wir in den folgenden §§. noch das Nähere zu erläutern haben.

Wenn nun nach der Rechtsanalogie nicht angenommen werden kann, daß die römischen Juristen dem Calumnianten, insoferne von der Calumnie im Civilproceß, und der den Schadensersatz bezweckenden Privatstrafe die Rede ist, die culpa verziehen haben würden, wenn jene Lehre von ihnen ausgebildet worden wäre, wenn es ferner gewiß ist, daß sie auch dem bonae fidei Besitzer keine culpa nachsehen: so ist überall kein Grund

*) L. 25. §. de hered. petit.

vorhanden, warum die Gesetze über Erstattung der Proceßkosten dahin auszulegen seyen, daß nur Arglist, und totale Fahrlässigkeit hiebey vertreten werden müsse.

§. 44.

III. Aber eben so wenig läßt sich eine Ausdehnung dieser Verbindlichkeit über die Gränze der Freyheit rechtfertigen.

Man hat die Behauptung aufgestellt, daß der Rechtsirrthum denjenigen nie entschuldigen könne, welcher ein Unrecht auf Kosten eines Andern geltend zu machen suche; Unwissenheit und Irrthum sollen vom Ersatze des Schadens, den ein anderer durch uns erlitten hat, nicht befreyen. *) Dieses heißt nun nichts anders, als: daß auch eine nicht freye Handlung, deren Widerrechtlichkeit, oder schädlichen Erfolg man mit allem Fleiße nicht einsehen konnte, verantwortlich mache, und daß man, wenigstens in Beziehung auf den Rechtsirrthum, nur auf eigene Gefahr han-

---

*) Weber S. 58. sq.

deln dürfe. Daß diese Behauptung in rationeller Beziehung irrig ist, haben wir schon oben in der ersten Abtheilung bewiesen, und in Bezug auf die Erstattung der Proceßkosten sprechen auch die schon angeführten ausdrücklichen Gesetze klar genug davon, daß nur ein verschuldeter Irrthum verantwortlich mache, denn nur der unbesonnene, unrechtfertige Proceßführer muß die Kosten ersetzen, guter Glaube, und Zweifelhaftigkeit der Sache aber, womit doch wohl der unverschuldete Irrthum bestehen kann, befreyen von jener Verbindlichkeit. Man kann hier auch noch anführen, daß man

nach L. 40. de hered. petit.

sein bestrittenes Recht nicht blindlings ohne Vertheidigung aufgeben soll, und daß man

nach L. 42. de dis. reg. juris

nur zur fleißigen Erforschung der Wahrheit verbunden ist, ehe man einen Proceß anfängt. Wer sein Unrecht nicht einsehen kann, ist hiernach entschuldigt, wenn er darüber streitet, und der durch's Gesetz entschuldigte Proceßführer kann kein unrechtfertiger seyn, welcher die Kosten ersetzen müßte. Will man diese Gesetze blos auf den factischen Irrthum beziehen, so ist kein Grund einzusehen, warum nicht auch der Rechtsirrthum entschuldbar seyn sollte, da

dieser gewöhnlich schwerer zu vermeiden ist, als jener.

Wohl steht durch die Lehre de juris et facti ignorantia, sowohl in den Pandecten, als auch im Codex der Grundsatz fest, daß der Rechtsirrthum in der Regel nicht entschuldige. Aber hier ist von dem Rechtsirrthum die Rede, durch welchen man nicht einem Dritten sondern sich selbst schadet; und nicht einmal dieser ist es, welcher hier verworfen wird, sondern lediglich derjenige, wodurch man veranlaßt wird, etwas nicht zu erwerben.

„Juris ignorantia non prodest *aquirere volentibus*, *suum vero petentibus* non nocet." L. 7. de juris et facti ignor. L. 8. ibid.

Wenn ich aus Rechtsunwissenheit eine Erbschaft ausschlage, oder um den Besitz derselben nachzusuchen unterlasse, eine Nichtschuld bezahle *) so ist freylich der Schaden mein, denn ich habe meinem Vortheil entsagt, ich habe mein Geld hingegeben.

---

*) L. 2. 3. 10. C. de juris et facti ign.

Ich trage den Schaden nicht weil ich ihn verschuldet, sondern weil ich mir ihn zugezogen habe. Ich hätte vielleicht, wenn ich meinen Vortheil verstanden hätte, Reichthümer erwerben können; da ich sie nicht erwarb, bleibe ich arm. — Niemand ersetzt mir, was ich hätte haben können, wenn ich klug gewesen wäre, obschon ich vielleicht wegen meiner Unklugheit ohne alle Schuld bin. Allein wenn vom Ersatz des Schadens die Rede ist, welchen ich durch mein Handeln einem Dritten verursachte, so fragt es sich allererst, ob ich den Schaden verschuldet — mit Freyheit verursacht habe? Nur wenn diese Frage bejaht werden kann, bin ich verantwortlich; ausserdem trägt der Dritte den Schaden, welcher ihn ohne mein Verschulden — wenn gleich durch mich verursacht — getroffen hat.

Von diesem Rechtsirrthum, wodurch man einem Dritten schadet, kommt in den Titeln de juris et facti ignorantia keine Silbe vor. Er muß also nach den allgemeinen Grundsätzen, welche vom Schadensersatz gelten, beurtheilt werden; und hier gilt überall der Grundsatz: ohne Schuld keine Verantwortung. Wo also der Rechtsirrthum unverschuldet ist, da wird der dadurch verursachte Schaden so we-

nig ersetzt, als der durch unverschuldeten factischen Irrthum verursachte Schaden ersetzt wird.

Allerdings ist der Rechtsirrthum, welcher aus Unwissenheit der Gesetze entspringt, kein unverschuldeter, wie schon oben behauptet wurde, denn das Gesetz kann man erfragen; was der Gesetzgeber für Gesetze gegeben hat, kann und soll jeder wissen, wenigstens, wenn er einen Proceß anfängt; aber was nach diesen Gesetzen im einzelnen Falle Rechtens sey; das kann auch der Gescheideste nicht immer mit Gewißheit bestimmen. In diesem Sinne sagt Neratius

in l. 2 de juris et facti ignorantia ganz richtig:

„In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet, cum jus, finitum esse possit et debeat; *facti interpretatio* (die Subsumtion des einzelnen Falles unter das Gesetz) plerumque etiam prudentissimos fallat".

Aus einem Rechtsirrthum kann man also sich, oder Andere, wie aus factischem Irrthum, schaden, aber der dem Dritten zugefügte Schade wird in beiden Fällen nur dann ersetzt, wenn dem Beschädiger

eine Verschuldung — culpa — beygemessen werden kann, und die Verschuldung kann nur im unrichtigen oder unterlassenen Gebrauch der Freyheit bestehen, weßhalb der Rechtsirrthum, wie jeder andere auch unverschuldet seyn kann, wenn er nemlich auch beym besten Gebrauch der Freyheit nicht vermieden werden konnte.

§. 45.

Es giebt noch einige andere Lehren im römischen Rechte, welche von dem Grundsatze, daß ohne Schuld keine Verantwortlichkeit entstehe, abzuweichen scheinen. Allein diese Abweichung beruht auf besondern Gründen, und ist genau genommen jenem Grundsatze nicht entgegen. Die vorzüglichsten hieher gehörigen Lehren sind nemlich diejenigen, welche die Verbindlichkeit der Gastwirthe, Schiffer und Fuhrleute in Bezug auf die Zurückgabe der ihnen anvertrauten Sachen, und die durch Thiere veranlaßten Beschädigungen betreffen.

Die Gastwirthe, Schiffer, Fuhrleute sollen für die ihnen anvertrauten Sachen haften, und sie ersetzen, auch wenn dieselben ohne ihre Schuld verlohren gehen. *) Sie sind somit über die Gränze ihrer Frey-

---

*) L. 3. §. 1. Nautae, caupones etc.

heit verantwortlich gemacht. Allein es liegt hier in der Natur der Sache, daß der Wirth, u. s. w. für die ihm anvertrauten Sachen stehe, da der Fremde, welcher sie ihm anvertraut, weder selbst dafür sorgen, noch auch sich gehörig vorsehen kann, um an keinen unredlichen Mann zu gerathen. Schon die öffentliche Sicherheit, und das öffentliche Wohl fordern es, daß das Publicum gegen Gewerbsleute in den Schutz genommen, und letztere unbedingt für die Erfüllung ihrer gegen jenes übernommenen Verbindlichkeit, verantwortlich gemacht werden. Objectiv betrachtet kann man aber auch nicht sagen, daß jene Klasse Gewerbe treibender Menschen über die Gränze der Freyheit verantwortlich gemacht sey; denn sie stehen nicht für höhere Gewalt, und unabwendbare Unglücksfälle *); Unglücksfälle dagegen, welche verhütet werden konnten, welche abzuwenden die menschlichen Kräfte nicht übersteigt, ereignen sich nicht ohne ihr Verschulden, denn sie waren dieselben zu verhüten schuldig.

Was die durch Thiere verursachten Beschädigungen betrifft: so muß bekanntlich der Eigenthümer eines

*) L. 3. §. 1. Nautae, caupones etc.

Hausthiers — welches *contra naturam* geschadet hat, den Schaden entweder ersetzen, oder das Thier an Zahlungsstatt übergeben, ohne Rücksicht auf eigene Schuld oder Unschuld. Allein auch hierinn hat die römische Gesetzgebung das Vernünftige getroffen. Zahme Thiere, oder Hausthiere sind nemlich ihrer Natur nach unschädlich. Man hat von ihnen nichts zu befürchten, nur Gegenstände, welche ihnen zur Nahrung dienen, muß man vor ihnen sichern; übrigens kann man ruhig unter ihnen wandeln. Ausnahmsweise kann es aber auch zahme Thiere geben, welchen ein Instinct zur Beschädigung beywohnt. So giebt es z. B. bissige Hunde, stößige Stiere, bissige, oder schlagende Pferde. Solche Thiere zerstören die Sicherheit, mit welcher Jedermann dem zahmen Thiere vertraut; man wird durch sie beschädigt, ohne eine Beschädigung zu vermuthen. Die Polizei fordert daher mit Recht, daß kein Eigenthümer ein solch gefährliches Thier halte, sondern es ohne weiters wegräume. Sie kann ihm nicht einmal unbedingt gestatten, daß er dasselbe auf eigene Gefahr behalte. Den bissigen Hund z. B. soll er unbedingt abschaffen. Bey andern Thieren hingegen wäre dieses zuweilen zu hart. Man gestattet also dem Eigenthümer die Beybehaltung des schädlichen Thiers; aber es geht auf seine Gefahr; er

muß für alles stehen. Nur unter dieser Bedingung kann aber die Policey von der Hinwegräumung des Thiers dispensiren.

Unter diesem Gesichtspunct haben die römischen Juristen die Lehre *de pauperie* aufgefaßt. Jeder Eigenthümer ist für den Schaden, den sein Thier contra naturam, d. h. nicht blos durch Befriedigung seiner natürlichen Bedürfnisse, sondern gleichsam muthwillig anrichtet, unbedingt zu stehen schuldig. Die Beschädigung secundum naturam aber darf darum nicht vertreten werden, weil sich jeder dagegen vorsehen, und hüten kann. *) Nur eine Ausnahme ist hier nöthig, welche auch das römische Gesetz gemacht hat, wenn nemlich ein Hausthier *secundum naturam* Feldfrüchte beschädigt, denn die Feldfrüchte kann man nicht wie eingebrachte Früchte in Scheunen, Speichern, Kästen ꝛc. verwahren. Diese Beschädigung secundum naturam ist also jeder Eigenthümer des Thiers zu verhüten schuldig, und es findet die actio de pastu deßhalb gegen ihn statt, wie die actio de

---

*) Wenn z. B. meine Katze in des Nachbars Küche schleicht, und den Braten stielt, kann weder die actio de pauperie, noch de pastu statt finden.

pauperie wegen der Beschädigungen contra naturam wider ihn angestellt werden kann. Die Verbindlichkeit wegen des Weidens wäre aber, da hier nicht gleiche politische Gründe, wie bey der pauperies vorhanden sind, von den römischen Juristen sicher auf die Bedingung der culpa beschränkt worden, wenn sie ausgebildet auf uns gekommen wäre, und es ist schwer zu zweifeln, daß nicht derjenige frey gesprochen werden müßte, welcher beweisen könnte, daß er das Weiden seines Thiers auf fremdem Grunde zu verhüten, wegen unabwendbarer höherer Gewalt oder wegen eines unvermeidlichen Hindernisses nicht im Stande war.

§. 46.

Wenn nun die Verbindlichkeit der Gastwirthe, Schiffer, und Fuhrleute, das ihnen anvertraute Gut zurückzugeben, und zu ersetzen, und die Verbindlichkeit des Viehbesitzers, den Schaden, welchen das Vieh contra naturam anstellt, zu vergüten, insoferne sie in beiden Fällen nicht strenge nach der Freyheit bemessen ist, auf besondern policeylichen Gründen beruht, im übrigen aber das römische Recht durchaus dem Grundsatze, daß ohne Verschulden der Freyheit keine Verantwortlichkeit entstehe, getreu bleibt: so kann auch

in der Lehre von Erstattung der Proceßkosten nicht davon abgegangen werden.

Es giebt verwickelte Rechtsverhältnisse, welche nur mittelst des richterlichen Urtheils (nach subjectiver Meinung) entschieden werden können. Diese Verhältnisse kann der Mensch nicht immer vermeiden, und wo sie vermeidlich gewesen wären, sind gewöhnlich beide Theile Schuld daran, daß sie nicht vermieden wurden. In diesen Fällen ist lediglich kein policeylicher Grund vorhanden, warum man die Anrufung der richterlichen Hülfe nur auf eigene Gefahr des Anrufenden erlauben sollte. Im Processe, den man nicht vermeiden konnte, kann die Verantwortlichkeit nicht, wie in obigen Fällen, in welchen es von dem Gastwirth, von dem Vieheigenthümer ꝛc. abhing, ein öffentliches Gewerb mit der strengen Verantwortlichkeit zu übernehmen, oder ein gefährliches Thier zu behalten, über die Gränze der Verschuldung ausgedehnt werden. In jenen Fällen kann der Mensch zwischen dem Vortheil des öffentlichen Gewerbs — der Beybehaltung des gefährlichen Thiers, und zwischen der aus policeylichen Gründen gesetzlich damit geknüpften Gefahr frey wählen; aber die Wahl zwischen dem zweifelhaften Recht und der Gefahr, die Prozeßkosten zu erstatten, wenn sie das Gesetz ausgesprochen hat, muß blind geschehen, wenn das Recht ohne richterliche

Entscheidung nicht erkennbar ist; und die Verbindung dieser Gefahr mit dem Proceßführen wird durch keine policeyliche Gründe gefordert, vielmehr soll die Kostencompensation bey Entscheidung dunkler Rechtsverhältnisse jeden Bürger dazu bewegen, daß er, um seine Rechtsverhältnisse mit Andern unverdunkelt zu erhalten, sich befleißige.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Borst, Johann Nepomuk

Über die Erstattung der Proceßkosten als Schadensersatz nach Vernunftprincipien und römischen Rechtsgrundsätzen

Nürnberg 1812

J.pract. 31 pd
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10553872-1